

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



*Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza*

TESI DI LAUREA

***L'ART. 41-BIS ORD. PENIT.: IL REGIME DI  
“CARCERE DURO” IN EQUILIBRIO TRA ISTANZE  
SECURITARIE E TUTELA DELLE GARANZIE  
COSTITUZIONALI***

RELATORE:

Chiar.mo Prof. Massimo Ruaro

CANDIDATO:

Roberto Zunino

ANNO ACCADEMICO 2015 – 2016



*A mia madre, a mio padre,  
a mia sorella*



## INDICE-SOMMARIO

<i>Prefazione</i> .....	V
-------------------------	---

### *Capitolo I*

#### **LA RISPOSTA PENITENZIARIA AL FENOMENO MAFIOSO: CONSIDERAZIONI GENERALI**

1. Premessa.....	1
2. Dalle prime misure penitenziarie contro la criminalità mafiosa all'emergenza degli anni '90.....	1
3. La (contro) riforma dettata dall'emergenza mafiosa: il cd. doppio binario e l'art. 4-bis ord. penit.....	6
4. La “strategia premiale” e la collaborazione con la giustizia.....	13
5. Il “carcere duro” di cui all'art. 41-bis comma 2 ord. penit.: rinvio.....	17

### *Capitolo II*

#### **IL PRIMO COMMA DELL'ART. 41-BIS ORD. PENIT.**

1. Premessa.....	23
2. Dall'art. 90 ord. penit. all'art. 41-bis comma 1 ord. penit.....	23
3. La sospensione delle regole di trattamento di cui all'art. 41-bis comma 1 ord. penit.....	26

**Capitolo III**  
**I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DEL**  
**REGIME DETENTIVO SPECIALE**

1. Premessa.....	31
2. Il presupposto formale: il rinvio al (primo periodo del) comma 1 dell'art 4-bis.....	32
3. Segue. L'inscindibilità del cumulo: una soluzione pragmatica (e problematica).....	36
4. Il presupposto sostanziale: il “metodo mafioso” e il fine di agevolare l'associazione.....	46
5. Il presupposto funzionale: la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva.....	53
6. Il presupposto oggettivo: i gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica quali fenomeni di natura extra-penitenziaria.....	59
7. I detenuti in attesa di giudizio al 41-bis: la presunzione di non colpevolezza in balia delle esigenze di prevenzione?.....	63
8. Gli internati al 41-bis: il difficile rapporto tra regime speciale e misure di sicurezza.....	66
9. Riflessioni a margine: il tramonto del “titolo di reato” alla luce delle esigenze di prevenzione.....	69

**Capitolo IV**  
**APPLICAZIONE, PROROGA E REVOCA**  
**DEL REGIME DETENTIVO SPECIALE**

1. L'applicazione del regime detentivo speciale quale prerogativa del Ministro della giustizia.....	73
2. L'istruttoria ministeriale finalizzata all'applicazione del regime: coordinamento istituzionale e negazione del contraddittorio.....	80
3. Forma, efficacia temporale e notificazione del provvedimento sospensivo delle regole del trattamento penitenziario.....	90
4. La proroga: onere della prova e presupposti per la reiterazione del regime speciale.....	96
5. Segue. La perdurante capacità di mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale.....	102

6. Segue. Gli indici sintomatici della pericolosità sociale del detenuto ai fini della proroga del 41-bis.....	112
7. La revoca amministrativa del regime detentivo speciale tra involuzione legislativa e giurisprudenza adeguatrice.....	125
8. Dopo la revoca del “carcere duro”. Dal 41-bis al circuito Alta Sicurezza.....	133

### *Capitolo V*

## **CONTENUTO E CONSEGUENZE DEL REGIME DETENTIVO SPECIALE**

1. Premessa. La versione originaria dell'art. 41-bis comma 2 ord. penit. e i “paletti” (tuttora attuali) fissati dalla Consulta.....	137
2. Il catalogo di restrizioni disciplinato dal comma 2-quater: considerazioni generali.....	140
3. Gli accorgimenti di natura logistica e custodiale imposti dal regime detentivo speciale.....	144
4. Le misure di elevata sicurezza interna ed esterna.....	150
5. La disciplina dei colloqui de visu e l'alternativa della corrispondenza telefonica.....	153
6. Segue. Il contingentamento dei colloqui difensivi e il “colpo di scure” della Corte costituzionale.....	167
7. La limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno.....	175
8. L'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati.....	178
9. Il visto di censura sulla corrispondenza: dalle condanne della Corte di Strasburgo alla disciplina attuale.....	179
10. Segue. La ricezione e l'inoltro di libri, quotidiani e riviste: aspettando il “verdetto” della Consulta.....	192
11. La disciplina della permanenza all'aperto e dei gruppi di socialità.....	202
12. La prassi delle cd. aree riservate di detenzione.....	208
13. Aspetti di vita quotidiana in regime di “carcere duro”.....	214
14. Il delitto di cui all'art. 391-bis del codice penale: quale presidio all'effettività del regime speciale?.....	223
15. Oltre il 41-bis. La partecipazione alle udienze in videoconferenza quale (ulteriore) misura preventiva.....	231

*Capitolo VI*  
**IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE  
SUL REGIME DETENTIVO SPECIALE**

1. Premessa. Genesi e palingenesi del controllo giurisdizionale sul “carcere duro”.....	243
2. La competenza “centralizzata” del tribunale di sorveglianza di Roma: il fine giustifica i mezzi?.....	247
3. La disciplina del reclamo di cui all'art. 41-bis comma 2-quinquies ord. penit.....	257
4. Il procedimento ex art. 41-bis comma 2-sexies ord. penit. e i suoi profili di specialità rispetto all'ordinario rito di sorveglianza.....	262
5. L'ampiezza del sindacato giurisdizionale: il controllo sulla congruità delle misure.....	272
6. La decisione del tribunale di sorveglianza e l’“effetto conformativo” dell'ordinanza di accoglimento del reclamo.....	283
7. Il ricorso per Cassazione e la sospensione cautelare dell'ordinanza decisoria in pendenza del giudizio di legittimità.....	291
CONCLUSIONI.....	299
<i>Bibliografia</i> .....	307





## PREFAZIONE

Non sembra azzardato considerare il 41-*bis* come l'articolo della legge penitenziaria più “chiacchierato” dalla stampa e dall'opinione pubblica nonché uno dei temi ai quali, con maggior frequenza, si rivolge l'attenzione della dottrina. Tra le ragioni del suo “fascino” è assai arduo misconoscere il ruolo giocato dalla risonanza di talune vicissitudini che lo hanno visto protagonista: dalla stagione buia delle “supercarceri” di Pianosa e dell'Asinara all'*affaire* Provenzano, dall'operazione farfalla<sup>1</sup> alla “penombra” della trattativa stato-mafia, dal “proclama Bagarella” alle proposte di dissociazione dei *boss*, dall'infamia delle bombe del 1993 ai *murales* contro il 41-*bis* di oggi.

Sarebbe tuttavia limitativo e superficiale elevare il suo controverso “*curriculum*” ad unica fonte di interesse verso questo tema. La ragione più profonda pare, anzi, un'altra. Infatti, a causa della proterva offensiva mafiosa, culminata con la campagna stragista dei primi anni novanta, il legislatore è stato costretto ad abbandonare definitivamente, nei confronti dei detenuti per reati riconducibili al crimine organizzato, gli ideali della rieducazione e della “scommessa anticustodialistica” compiutamente realizzati dalla legge Gozzini per ripiegare verso obiettivi securitari, in perfetta sintonia con l'andamento “a fisarmonica” che per lungo tempo ha caratterizzato l'azione repressiva dello Stato contro l'escrescenza mafiosa<sup>2</sup>. In questo contesto, è a cavallo degli ignobili eccidi dei magistrati Falcone e Borsellino – emblematici esponenti di quell’“antimafia” che, con solerzia ed abnegazione, faceva sul serio – che l'art. 41-*bis* ord. penit. viene interpolato con il secon-

---

(1) V. Comitato parlamentare per la Sicurezza della Repubblica, *Relazione sulle cosiddette operazioni “farfalla” e “rientro” e sulla vicenda “Flamia”*, approvata nella seduta del 12 marzo 2015, Doc. XXXIV n. 2, p. 11.

(2) Sull'andamento “a fisarmonica” dell'azione repressiva dello Stato contro la mafia, cfr., diffusamente, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, *Relazione sui rapporti tra mafia e politica*, approvata dalla Commissione nella seduta del 6 aprile 1993, doc. XXIII n. 2, p. 54, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

do comma. Il regime detentivo speciale ivi disciplinato, lungi dal costituire una sorta di Guantanamo *ante litteram*<sup>3</sup>, come invece l'“etichetta” (per la verità particolarmente invalsa) di “carcere duro” lascerebbe intendere, è diventato, nel corso di questi cinque lustri, uno degli strumenti normativi di maggiore importanza ed efficacia da impiegare nella lotta alla criminalità organizzata.

Essa, come noto, si “combatte”, in maniera sinergica, nell'ambito di diversi settori del diritto: quello penale, quello processuale, quello delle misure di prevenzione, quello amministrativo, quello, appunto, penitenziario<sup>4</sup>. Quest'ultimo fronte, in particolar modo, occupa una posizione di indubbia centralità dovuta, verosimilmente, a non meno di due ragioni, di cui una di carattere “strutturale” ed una, al contrario, di tipo “contingente”. In prima battuta, v'è da cogliere il ruolo determinante che la mafia, sin dalle sue origini<sup>5</sup>, ha costantemente riconosciuto all'istituto-carcere: esso, tra l'altro, è stato per lungo tempo occasione “privilegiata” di proselitismo e di affiliazione, ha costituito il terreno ove i *boss* potevano ostentare il loro potere ed acquisire con la detenzione maggior carisma criminale<sup>6</sup> ma soprattutto non ha rappresentato un serio ostacolo alla *perpetuatio delicti* di questi ultimi. In secondo luogo, si può prendere atto di come numerosi “capi storici” delle organizzazioni mafiose (ed in particolar modo di Cosa nostra) siano attualmente detenuti in esecuzione delle pene loro irrogate: donde la necessità di impedire che gli stessi, mediante l'impiego surrettizio delle occasioni di contatto con il mondo esterno che l'ordinamento penitenziario offre, possano mantenere rapporti con la *societas sceleris* di appartenenza.

Il legislatore ha delegato all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. (e, quindi, al

---

(3) S. ARDITA, *Ricatto allo stato*, Milano, 2011, p. 37.

(4) Sinteticamente ma efficacemente G. FIANDACA, *Lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana*, in G. FORNASARI (a cura di), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padova, 2002, p. 1 e ss.

(5) I. SALES, *Storia dell'Italia mafiosa*, Soveria Mannelli, 2015, p. 68 secondo cui il carcere è stato un luogo di confino e di reclusione di delinquenti e di oppositori dei vari regime succedutisi nel meridione. In particolare, afferma l'Autore, è lì che siciliani, calabresi e napoletani di basso cetto potevano «conoscere e frequentare gli oppositori politici del regime e cominciare a copiare il loro modo di organizzarsi basato sul valore della segretezza, sulla ritualizzazione della violenza, sulla sua nobilitazione», tutte caratteristiche delle mafie che durano dall'ottocento ad oggi.

(6) Sul punto, cfr. G. GEBBIA, *Realtà e gestione del mafioso detenuto*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, f. 2-3, p. 729 e s.

regime detentivo speciale) il compito di rispondere proprio a tale esigenza: mediante la sospensione di alcune regole trattamentali nonché attraverso taluni accorgimenti di natura logistica e custodiale, infatti, il “carcere duro” mira a creare “un compartimento stagno” tra l'istituto di detenzione ed il mondo esterno onde evitare che soggetti posti al vertice delle organizzazioni criminali possano mantenere, dall'interno del carcere, relazioni con le compagini mafiose operanti sul territorio idonee a determinare la gestione o la pianificazione delle attività delinquenziali (stante la sua funzione, si è parlato *ex professo* di «carcere intelligente e preventivo»<sup>7</sup>).

Ciò tuttavia, al pari di molte delle disposizioni che compongono il mosaico del “sottosistema antimafia”, anche l'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. si radica in un terreno ove particolarmente accentuata è l'eterna dialettica tra istanze di difesa sociale contro il crimine ed esigenze di tutela della libertà del singolo individuo. La questione, decisamente insidiosa, è quella di stabilire un punto di equilibrio tra due spinte contrapposte: da un lato, l'aumento della domanda collettiva di sicurezza nonché il conseguente incremento della repressione penale da parte dello stato; dall'altro, l'esigenza di salvaguardare i principi fondamentali che informano l'ordinamento giuridico e che trovano nella Costituzione la massima garanzia.

La malcelata difficoltà di bilanciare due tendenze opposte come quelle in esame emerge con chiarezza dalla lettura dell'art. 41-*bis* ord. penit. Esso, derogando *in peius* alle ordinarie regole trattamentali sancite dalla legge penitenziaria, disciplina un regime di detenzione *sui generis* caratterizzato, per un verso, da un evidente stato di asservimento rispetto a finalità special-preventive a cui, per altro verso, fanno inevitabilmente riscontro una marcata compressione della libertà personale del soggetto *in vinculis* ed un decremento del finalismo rieducativo della pena presidiato all'art. 27 comma 3 Cost. Si spiega anche così il fatto che in più occasioni il “carcere duro” sia stato sottoposto al vaglio della Consulta e della Corte europea dei diritti dell'uomo le quali, tuttavia, hanno (quasi) sempre riconosciuto la “patente” di conformità costituzionale e convenzionale al suo impianto di fondo: invero, tanto il Giudice delle leggi quanto la Corte di Strasburgo, sebbene

---

(7) Così S. ARDITA, *Ricatto allo stato*, cit., p. 84.

abbiano talvolta censurato singole disposizioni dettate dall'art. 41-*bis* ord. penit., non sono mai giunte a confutare la legittimità di un istituto, per sua natura, *border line*. Certo, ancora oggi, opinioni critiche e dubbi di ortodossia costituzionale non mancano: a volte dovuti a talune asperità di un dettato normativo connotato da un taglio decisamente pragmatico; altre volte alla presenza di singole disposizioni meramente vessatorie e, perciò, inconferenti rispetto alle finalità proprie del regime; altre volte ancora a prassi applicative o ad impostazioni ermeneutiche considerate “un po’ disinvolte”. Il tutto nell'intrinseca difficoltà di conciliare due istanze contrapposte come quelle (innanzi menzionate) di difesa sociale e di tutela del singolo individuo e nella consapevole impossibilità di soddisfarle interamente entrambe<sup>8</sup>.

S'è sopra accennato al fedele interesse da sempre catalizzato sul 41-*bis*, un'interesse mai sopito ed anzi destinato a trovare continuamente nuova linfa. Che il tema sia di per sé “attraente” già lo si è detto. Vale quindi la pena di evidenziare un'ulteriore fattore di indubbia valenza in tal senso e cioè la costante attualità che anima la materia. Sotto questo profilo, il 2016 può essere considerato un anno particolarmente fortunato. Due esempi su tutti. In primo luogo, il “carcere duro” ha rappresentato uno dei molti temi in capo ai quali si è rivolta l'oculata riflessione degli Stati Generali dell'esecuzione penale<sup>9</sup>: in particolare, il gruppo di esperti riuniti nel Tavolo 2, a conclusione di uno scrupoloso lavoro avviato nel 2015 e portato a definitivo compimento nel 2016, ha avanzato alcune importanti proposte normative di modifica dell'art. 41-*bis* ord. penit. «dettate dalla necessità di adeguare il regime, ferma restando la necessità di un suo mantenimento, ai parametri costituzionali ed europei con particolare riferimento all'eliminazione delle restrizioni meramente vessatorie e non strettamente necessarie al raggiungimento degli obiettivi

---

(8) V. sul punto L. STORTONI, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficacia e garanzia*, Napoli, 1999, p. 120: «il diritto penale deve trovare un equilibrio tra le opposte tendenze di proteggere la collettività e tutelare il cittadino accusato sapendo che non potrà mai soddisfarle ambedue interamente».

(9) È stata così denominata l'iniziativa promossa dal Ministro guardasigilli on. Andrea Orlando che ha riunito in 18 “tavoli” tematici un *equipe* di esperti del settore penitenziario con l'ambizioso obiettivo di «definire un nuovo modello di esecuzione penale e una migliore fisionomia del carcere, più dignitosa per chi vi lavora e per chi vi è ristretto».

di prevenzione». In secondo luogo, la Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato ha svolto nel corso degli anni 2013, 2014 e 2015 un'indagine conoscitiva sulle condizioni di applicazione del suddetto “carcere duro” pubblicando nel mese di aprile del 2016 una corposa ed articolata relazione sull'attività svolta nella quale, tra l'altro, vengono esposte alcune criticità ed indicate talune “raccomandazioni” per il legislatore e per l'amministrazione.

Sebbene rispetto a quel 1992 molte cose siano nel frattempo cambiate, il 41-*bis* è rimasto al centro del dibattito e il regime detentivo speciale ha consolidato il suo “ruolo” e la sua importanza. A questo articolo e a questo istituto sono dedicate le pagine che seguono.



*Capitolo I*  
**LA RISPOSTA PENITENZIARIA AL FENOMENO  
MAFIOSO: CONSIDERAZIONI GENERALI**

**1. *Premessa***

Sul “fronte” del diritto penitenziario, il legislatore ha mostrato nelle ultime tre decadi un particolare zelo nel predisporre soluzioni normative di contrasto all'annoso problema della criminalità organizzata ed in particolar modo di quella di stampo mafioso, la quale costituisce soltanto una *species* del più ampio *genus*. Si ritiene pertanto utile una breve digressione che, senza alcuna pretesa di completezza d'analisi, metta a fuoco le ragioni e le modalità che hanno caratterizzato gli interventi del legislatore penitenziario nel contesto della lotta a tale forma di delinquenza, al fine di cogliere le caratteristiche fondamentali dell'*humus* nel quale si radica il regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. Esso, infatti, parrebbe collocarsi, quale componente di primaria importanza, in una più ampia strategia politico-criminale che caratterizza la “partita” antimafia nel campo dell'esecuzione penale (ma non solo in quello) e che può essere colta dall'interprete attraverso uno sguardo retrospettivo rivolto alla panoramica dei provvedimenti legislativi che, dopo la riforma del 1975, si sono susseguiti con il comune obiettivo di far fronte all'enorme cancro rappresentato dalla criminalità organizzata.

**2. *Dalle prime misure penitenziarie contro la criminalità mafiosa all'emergenza degli anni '90***

Con la legge di riforma 26 luglio 1975 n. 354 il legislatore, nel settore pe-

nitenzionario, ha invertito la rotta rispetto alla disciplina regolamentare fino ad allora vigente<sup>1</sup>, abbandonando un'impronta prevalentemente custodialistico-retributiva dell'esecuzione penale per accogliere, al contrario, un'impostazione tendente al reinserimento sociale del condannato in ossequio alle direttive contenute nella Carta fondamentale ed, in particolare, all'art. 27 comma 3 Cost. che consacra il principio del finalismo rieducativo della pena<sup>2</sup>. Tuttavia, avendo sposato una «concezione “monolitica” del trattamento»<sup>3</sup>, l'idea della risocializzazione era rivolta essenzialmente ad un unico tipo d'autore disadattato, di bassa estrazione sociale, impoverito da carenze fisiopsichiche e non era proficuamente prospettabile nei confronti di altre forme di devianza<sup>4</sup>.

Nondimeno, già nel torno di tempo immediatamente successivo all'approvazione della nuova legge, questa impostazione normativa si è trovata a dover fare i conti con una situazione socio-politica allarmante, caratterizzata dalla stagione della criminalità di matrice terroristicо-eversiva, nonché dalla recrudescenza di fenomeni delinquenziali di eccezionale gravità<sup>5</sup>. In quegli anni – passati alla storia, non a caso, come quelli “dell'emergenza” – le carceri si sono, quindi, popolate di detenuti molto lontani, dal punto di vista criminologico, al *cliché* considerato dalla legge di riforma<sup>6</sup>, inducendo a ritenere utopistica l'idea che tutti i soggetti *in vinculis* possano essere sottoposti ad una medesima tipologia di trattamento, specie se, alla stregua di quanto previsto dalla nostra legislazione penitenziaria, vanno il più possibile coltivati gli scambi tra il “*dedans*” e il “*dehors*”<sup>7</sup>.

---

(1) Ci si riferisce al r.d. 18 giugno 1931 n. 787 (cd. Regolamento Rocco).

(2) In questa direzione, fra i tantissimi, cfr. F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, p. 793; M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, p. 94; G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino, 1995, p. 48 e s. Peraltro lo stesso art. 1 ultimo comma ord. penit. statuisce, in via programmatica, che «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi».

(3) F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 797.

(4) V. in questi termini P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 16 e s.

(5) Cfr. R. TURRINI VITA, *Il contrasto al crimine organizzato nell'esperienza penitenziaria italiana*, in *Rass. penit. crim.*, 2000, f. 1-3, p. 128; P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 13 e s.

(6) Così F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 797.

(7) Testualmente F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo*

La situazione emergenziale che andava espandendosi, corroborata dalle lacune che affliggevano la legge del 1975 in punto di ordine e sicurezza<sup>8</sup>, ha reso necessaria la predisposizione di “contromisure”, portando, tra l'altro, all'instaurazione delle cd. carceri speciali<sup>9</sup> ed all'introduzione di una serie di sbarramenti all'accesso alle misure alternative alla detenzione, in evidente antitesi con i principi ispiratori della riforma innanzi menzionati<sup>10</sup>. È guardando in questa direzione che si può rintracciare il primo provvedimento penitenziario di contrasto alla delinquenza mafiosa: la legge 13 settembre 1982 n. 646 (cd. legge Rognoni-La Torre), infatti, interpolando l'art. 47 comma 2 ord. penit, aveva arricchito, con il delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. – rubricato, per l'appunto, «associazione mafiosa» – il novero dei reati ostativi alla concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà<sup>11</sup>.

All'inizio degli anni '80 si è assistito alla regressione del fenomeno terroristico-eversivo e all'evoluzione positiva della situazione generale sicché, dall'allentamento della pressione emergenziale registrata nel decennio precedente, è maturato il clima propizio per la “scommessa anticustodialistica” della riforma Gozzini. Con la legge 10 ottobre 1986 n. 663 il legislatore ha, infatti, portato a definitivo compimento il disegno di politica penitenziaria avviato nel 1975 ed ispirato alla finalità del reinserimento sociale del reo. Tuttavia, ripudiando l'idea che attraverso la detenzione si possa rieducare, la novella del 1986 – seppur ascrivibile ad una scelta di continuità rispetto al precedente intervento riformatore<sup>12</sup> – si è collo-

---

divenire della “questione penitenziaria”), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1167.

(8) R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 161 e s.

(9) Sul punto v. ampiamente R. TURRINI VITA, *op. cit.*, p. 129 e ss. nonché B. BOCCHINI, *Carceri e sistema penitenziario*, in *Dig. Pen. Agg.*, III, tomo 1, Torino, 2005, p. 123; P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 17.

(10) Cfr. P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 18 e s.

(11) Sebbene l'art. 47 ord. penit. si riferisse soltanto all'affidamento in prova, il successivo art. 48, disciplinante la semilibertà, richiamava (al comma 3) ed estendeva a quest'ultimo istituto le preclusioni contenute nel comma 2 dell'art. 47 ord. penit. Quest'ultima disposizione, come modificata dalla legge Rognoni-La Torre, recitava: «L'affidamento al servizio sociale è escluso per i delitti di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione e associazione di tipo mafioso». P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 19 individua nel legislatore la volontà di rafforzare, attraverso l'intervento in esame, la funzione general-preventiva dell'allora neonato art. 416-*bis* cod. pen.

(12) Cfr. V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre*

cata nella prospettiva di una maggior apertura del carcere verso l'esterno, prevenendo, a tal fine, una pluralità di strumenti legati dalla duplice logica del “meno carcere” e del “non ingresso”<sup>13</sup>. Per questa via, si è configurato un modello di pena flessibile, ove il principio della intangibilità del giudicato ha lasciato il passo ad una sanzione più o meno lunga e più o meno severa in relazione a fattori successivi ad esso come la buona condotta carceraria, la positiva partecipazione al processo di risocializzazione, ecc.<sup>14</sup>.

Inoltre, la legge Gozzini ha avuto il merito di abolire la categoria dei reati ostativi, quali preclusioni alla fruibilità delle misure alternative, sganciando l'accesso al trattamento *extra moenia* dal titolo dell'addebito a cui la detenzione si riferisce<sup>15</sup>. Un chiaro esempio di tale impostazione normativa può rinvenirsi nella modifica del sopra citato art. 47 comma 2 ord. penit. là dove, con lo scopo di recuperare la funzione rieducativa dell'affidamento in prova e della semilibertà, è stato reciso il catalogo di fattispecie criminose preclusive alla concedibilità di questi due istituti, catalogo che, come anticipato, includeva al suo interno anche il delitto di associazione mafiosa<sup>16</sup>.

Nondimeno, la novella in esame, quasi a titolo di contrappeso rispetto alla progressiva trasposizione “oltre le mura” dell'esecuzione penale, si è posta l'obiettivo di fornire adeguata soluzione ai problemi di ordine e sicurezza interna, ovviando alle carenze normative che la legislazione penitenziaria *ante* riforma aveva manifestato. In questa direzione vanno letti tre importanti interventi: l'abrogazione dell'art. 90 ord. penit., la sua sostituzione con l'art. 41-*bis* comma 1 ord. penit. e

---

1986 n. 663, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 60 e ss.

(13) Così si è espresso V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria*, cit., p. 25. Sulla maggior proiezione del trattamento rieducativo all'esterno del carcere attraverso l'ampliamento dell'ambito di operatività e della gamma delle misure alternative v. anche P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 21 e s.

(14) Per queste osservazioni cfr. M. PAVARINI, B. GUZZALOCA, *op. cit.*, p. 73.

(15) Cfr. F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo*, cit., p. 1168; P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 23.

(16) Contestualmente, però, è bene precisare che la novella del 1986, introducendo l'istituto della detenzione domiciliare all'art. 47-*ter* ord. penit., ne ha subordinato la fruizione, tra l'altro, all'accertamento in negativo circa l'attualità di collegamenti del condannato con il crimine organizzato (art. 47-*ter* ord. penit. comma 2), ponendo in capo al tribunale di sorveglianza l'onere di accertare la sussistenza di questi ultimi. Di tale disposizione, da cui emerge una preoccupazione di difesa sociale residuale rispetto all'impianto complessivo della norma, ne è stato evidenziato lo scopo di prevenzione speciale. In tal senso V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria*, cit., p. 44.

l'introduzione del regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-*bis* ord. penit<sup>17</sup>.

Dopo l'iniziale consenso ottenuto, la legge Gozzini è diventata bersaglio di pesanti critiche che hanno portato il legislatore ad un netto ripensamento della filosofia che ne aveva ispirato l'adozione<sup>18</sup>. In particolar modo, ad essa è stato attribuito un carattere "eminentemente garantista" dovuto non solo alla lettera delle norme ivi previste ma anche all'approccio interpretativo che, in riferimento a queste, magistratura di sorveglianza prima, e Suprema Corte poi, avevano assunto<sup>19</sup>. Ciò si sarebbe tradotto in una decarcerazione indiscriminata che, pur avendo contribuito a risolvere momentaneamente il problema del sovraffollamento carcerario<sup>20</sup>, avrebbe presentato un conto piuttosto salato in termini di recupero sociale e di prevenzione, lasciando infatti registrare una proliferazione di comportamenti opportunistici da parte di soggetti condannati (spesso per delitti di criminalità organizzata) che avrebbero surrettiziamente sfruttato le misure alternative per rendersi irreperibili o per commettere ulteriori reati<sup>21</sup>.

---

(17) Cfr. V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria*, cit., p. 25 e ss.; P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 26; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 166; B. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 123; F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo*, cit., p. 1168.

(18) Sulle cause di queste critiche v., ampiamente, F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli idealismi della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 79 e ss.

(19) Cfr. R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 178; P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 32; B. GUAZZALOCA, *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "prezialità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi. Atti della giornata di studio Macerata, 13 maggio 1993*, Milano, 1995, p. 143; ID., *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992 n. 203, e 8 giugno 1992 n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 356*, in P. CORSO, G. INSOLERA, L. STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, vol. II, Torino, 1995, p. 740 e s. Quest'ultimo Autore ritiene che il carattere prevalentemente garantistico della riforma sia imputabile «non tanto» alla legge Gozzini ma «soprattutto [alle] interpretazioni che hanno contraddistinto un quadriennio di produzione giurisprudenziale ad essa inerente».

(20) Si era passati dai 31.773 detenuti del 1987 ai 25.931 del 1990. Com'è noto, il problema del sovraffollamento carcerario è tornato prepotentemente alla ribalta negli ultimi anni, in particolar modo dopo la "sentenza Torreggiani" della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale ha ravvisato un problema strutturale del nostro ordinamento. V. Corte eur. dir. uomo, 8 gennaio 2011, n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Torreggiani e altri c. Italia. In dottrina v., per tutti, F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015.

(21) F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni*, cit., p. 83 e ss.; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 178; P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 32.

Non stupisce quindi che in un simile contesto la recrudescenza del fenomeno mafioso e l'attacco da esso sferrato alle istituzioni e culminato con il dissennato eccidio dei magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino – tra i massimi esponenti nella lotta a Cosa nostra – abbiano indotto il legislatore penitenziario dei primi anni '90 ad abbandonare il progetto elaborato dalle riforme del 1975 e del 1986 e prettamente finalizzato alla rieducazione del reo, per ripiegare verso obiettivi di sicurezza e di difesa sociale, prioritari in queste circostanze storiche. Del resto, non va trascurato il fatto che in molti vedessero nella legge Gozzini un chiaro esempio della politica troppo permissiva e lassista dello Stato nei confronti della criminalità organizzata e quindi in evidente contrasto con l'esigenza di reprimere un fenomeno che stava dilagando<sup>22</sup>.

### **3. *La (contro) riforma dettata dall'emergenza mafiosa: il cd. doppio binario e l'art. 4-bis ord. penit.***

Se già con la legge Rognoni-La Torre il legislatore aveva mostrato, seppur probabilmente con un eccesso di timidezza, di voler affrontare il crimine organizzato anche “da dentro il carcere”, è con la decretazione d'emergenza dei primi anni '90 che l'ordinamento penitenziario assume un ruolo di centrale importanza nel sistema normativo antimafia. In questa direzione, il primo provvedimento adottato, per la verità piuttosto innocente se si considera la forza del fenomeno delinquenziale da combattere, è stato l'art. 13 della legge 13 marzo 1990 n. 55 il quale, ai fini della concessione di permessi premio a soggetti condannati per reati di criminalità organizzata, ha reso necessaria l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con l'organizzazione stessa (art. 30-ter comma 1-bis ord. penit.)<sup>23</sup>.

---

(22) Circostanza riportata, e non condivisa, da B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti legge*, cit., p. 743; ID., *Criterio del “doppio binario”*, cit., p. 143.

(23) Il testo integrale del comma 1-bis era il seguente: «Per i condannati per reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, di criminalità organizzata, nonché per il reato indicato nell'articolo 630 del codice penale, devono essere acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata». Su di esso si è abbattuta la scure del legislatore che con il D.L. 13 maggio 1991 n. 152 convertito con la legge 12 luglio 1991 n. 203 ha abrogato il comma in esame ma contestualmente ha inserito i permessi premio tra il novero dei benefici e delle misure (di cui all'art. 4-bis ord. penit.) che possono essere concessi solo

A questa legge hanno fatto seguito tre provvedimenti emergenziali (D.L. 13 novembre 1990 n. 324; D.L. 12 gennaio 1991 n. 5; D.L. 13 marzo 1991 n. 76) adottati dal Governo, senza soluzione di continuità, tra il '90 e il '91 e mai convertiti in legge, con riferimento ai quali l'applicazione delle misure alternative veniva, nel primo decreto, esclusa *sic et simpliciter* dalla previsione di reati ostativi, nel secondo era subordinata ad un accertamento in negativo circa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, mentre nel terzo ne era richiesta la prova in positivo<sup>24</sup>.

È, tuttavia, con l'approvazione dei D.L. 13 maggio 1991 n. 152 e 8 giugno 1992 n. 306 (rispettivamente convertiti in legge 12 luglio 1991 n. 203 e 7 agosto 1992 n. 356) che viene introdotto nell'ordinamento penitenziario il sistema del cd. doppio binario, recante un circuito trattamentale *ad hoc* destinato, per lo più ma non esclusivamente, ai detenuti per fatti di criminalità organizzata<sup>25</sup>. Con questi provvedimenti – che del clima politico istituzionale in cui sono stati concepiti presentano stimate evidenti e facilmente riconoscibili<sup>26</sup> – si è dato luogo «alla combinazione di un reticolo di preclusioni e premi»<sup>27</sup> volto, da un lato, ad incentivare

---

se, con riferimento a determinati reati, sono stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

(24) Cfr. V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 5.

(25) Cfr. tra i moltissimi B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, f. 3, p. 123 e ss.; ID., *Criterio del "doppio binario"*, cit., p. 141 e ss.; ID., *Profili penitenziari dei decreti legge*, cit., p. 740 e ss.; V. GREVI, *Premessa*, cit., p. 3 e ss.; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni*, cit., p. 73 e ss.; F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 139 e ss.; ID., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1257 e ss.; A. PRESUTTI, *"Alternative" al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in EAD. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 59 e ss.; M. CANEPA, *L'ordinamento penitenziario e la normativa restrittiva del 1991-1992*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 118 e ss. Più recentemente V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del cd. doppio binario*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, Torino, 2015, p. 241 e ss.; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 180 e ss.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 28 e ss.; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 485 e ss.; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 228 e ss.; L. CARACENI, C. CESARI, *sub art. 4-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 44 e ss.

(26) In questi termini F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, 2003, p. 437.

(27) Testualmente V. MAFFEO, *op. cit.*, p. 242.

la collaborazione con la giustizia da parte di soggetti legati ad associazioni delinquenziali e, dall'altro, a rafforzare la carica repressiva della segregazione carceraria<sup>28</sup>.

Sotto quest'ultimo aspetto – del primo si parlerà nel prosieguo – l'idea di fondo è che «per coloro che sono in espiazione di pena per particolari delitti, particolari [debbano] essere i principi ai quali il trattamento va collegato»<sup>29</sup>. D'altronde, la normativa penitenziaria, così come connotata a seguito della novella del 1986, aveva configurato, lo si è visto, un sistema permissivo e garantistico improntato per lo più al recupero sociale di detenuti riconducibili alla criminalità occasionale e quindi inidoneo a fronteggiare soggetti che, data la loro particolare pericolosità, rendevano necessario un regime esecutivo più rigoroso<sup>30</sup>. A tal proposito, si era osservato come il carcere nelle sua veste ordinaria non svolgesse un'adeguata funzione deterrente per il mafioso non essendo da costui temuto sia per una falsa concezione di coraggio, di prestigio e di onore personale, sia per la possibilità di mantenere contatti con la propria famiglia e con il sodalizio criminale di appartenenza<sup>31</sup>. In ragione di ciò, l'ondata (contro)riformatrice del biennio 1991-92 ha recato una serie di disposizioni finalizzate a determinare una differenziazione trattamentale<sup>32</sup> – da intendersi come una modalità di esecuzione della pena distinta da quella comune<sup>33</sup> – che, in deroga al principio dell'uguaglianza di tutti i detenuti

---

(28) V., per tutti, A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 63.

(29) Così F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria*, cit., p. 440.

(30) R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 178; P. CORVI, *op. cit.*, p. 29; COMUCCI, *op. cit.*, p. 34.

(31) Per queste considerazioni v. *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in sicilia, Relazione sui lavori svolti e sullo stato del fenomeno mafioso al termine della V legislatura (approvata nella seduta del 31 marzo 1972)*, p. 75 e s. reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it) nella quale si può leggere: «i mafiosi non temono molto la sanzione penale, sia per una falsa concezione di coraggio, di prestigio e di onore personale, per cui il carcere accettato con fatalistica rassegnazione, e senza tradire i complici contribuisce ad accrescere verso il detenuto sentimenti di rispettosa ammirazione; sia perché dal carcere, sito quasi sempre nella stessa zona dei delittuosi trascorsi, è possibile mantenere contatti con la propria famiglia e con la propria cosca e spesso continuare a tessere le fila di altre criminose imprese; sia, ancor più, perché essi ritengono di poter sfuggire alla pena, fidando sulla omertà dei testimoni, i quali non osano deporre contro di loro e fanno venir meno le prove di colpevolezza».

(32) V. fra i tanti M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *op. cit.*, p. 167; B. GUAZZALOCA, *Criterio del "doppio binario"*, cit., p. 144; ID., *Profili penitenziari dei decreti legge*, cit., p. 747; P. CORVI, *op. cit.*, p. 29 e s.; V. MAFFEO, *op. cit.*, p. 242.

(33) Per la definizione del concetto di "differenziazione trattamentale" v. per tutti M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *op. cit.*, p. 167.

nella fase esecutiva, compiutamente realizzato dalla legge Gozzini<sup>34</sup>, ha contribuito a dar vita ad un circuito penitenziario *ad hoc* riservato a determinate categorie di soggetti, che il legislatore negli anni ha progressivamente dilatato – talvolta «per “tamponare” le contingenze del momento»<sup>35</sup> –, tanto che oggi ci si domanda se questo possa ancora essere considerato “speciale” oppure se abbia assunto la veste di regime ordinario<sup>36</sup>.

Il sistema del doppio binario così delineato conosce la sua “norma simbolo”<sup>37</sup> nell'art. 4-*bis* ord. penit. che è stato introdotto dall'art. 1 del D.L. 152/91 e che, nonostante le numerose novellazioni e i vari pronunciamenti della Consulta intervenuti in questi cinque lustri, è rimasto immutato nelle sue linee essenziali, confermando di riflesso l'intera impalcatura su cui si fonda la legislazione penitenziaria antimafia<sup>38</sup>. Esso, in particolare, preclude l'assegnazione al lavoro all'esterno nonché la concessione dei permessi premio e delle misure alternative, esclusa la liberazione anticipata, ai detenuti o internati per determinate fattispecie criminose, molte delle quali riconducibili al fenomeno mafioso. Così operando, l'articolo *de quo* subordina la meritevolezza dei benefici penitenziari ad un parametro di valutazione di tipo oggettivo (il titolo di reato), sbarrando la fruibilità degli stessi a quei soggetti che, unicamente sulla base della *figura criminis* loro addebitata, vengono considerati – in via del tutto presuntiva – socialmente pericolosi<sup>39</sup>. Può quindi comprendersi come l'*esprit* di un simile intervento legislativo sia idealmente lontano dai principi che avevano ispirato la riforma Gozzini<sup>40</sup>, i quali rapportavano

---

(34) Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 485; M. CANEPA, *op. cit.*, p. 118.

(35) Così C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*: modifiche in tema di ordinamento penitenziario, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 396.

(36) Per questa considerazione v. L. FILIPPI, G. SPANGHER, *op. cit.*, p. 228.

(37) Così la definisce B. GUAZZALOCA, *Criterio del “doppio binario”*, cit. p. 144.

(38) V., in questo senso, P. CORVI, *op. cit.*, p. 39.

(39) Cfr. B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 130; ID., *Profili penitenziari dei decreti legge*, cit. p. 747; F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria*, cit., p. 440. A questa impostazione ne consegue che la pericolosità del detenuto finisce per essere rapportata non solo al *quantum* di pena irrogata dal giudice o comminata dalla norma incriminatrice ma anche (e forse soprattutto) alla mera natura del reato commesso. Per quest'ultima considerazione si veda M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 486.

(40) V. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni*, cit., p. 74; P. CORVI, *op. cit.*, p. 29; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 180 (l'Autrice parla di «revisione culturale»); B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari*

la flessibilità della pena ai risultati prodotti dalla costante valutazione del comportamento e della personalità del detenuto (e non al titolo del reato), massimizzando per questa via la funzione rieducativa del “castigo”<sup>41</sup>. La compressione di tale funzione, operata dalla normativa antimafia degli anni '90, in favore delle opposte finalità di retribuzione e di prevenzione della sanzione penale<sup>42</sup>, ha finito per dare luogo a quella che potremmo considerare un'apostasia della logica riformatrice alla base della novella del 1986.

L'art. 4-*bis* ord. penit. distingue, all'interno dell'area di delitti ricollegabili alla criminalità organizzata – sui quali si catalizzerà esclusivamente il presente discorso nella consapevolezza che essi sono solo parte integrante ma non esclusiva del catalogo di reati indicati dal presente articolo –, tra due fasce o categorie di *titula iuris*, là dove la prima (comma 1) contempla una nutrita serie di delitti «di certa riferibilità al crimine organizzato», mentre la seconda (comma 1-*ter*) delinea un catalogo di reati di per sé «non direttamente riferibili a quel tipo di delinquenza»<sup>43</sup>.

I detenuti per delitti di prima fascia<sup>44</sup> possono ottenere i benefici peniten-

---

*ri dei decreti legge*, cit. p. 746; M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 485.

(41) Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *op. loc. cit.*; P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 3; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 179.

(42) A. PULVIRENTI, *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione di emergenza alla legislazione di settore*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 346; P. CORVI, *op. cit.*, p. 33; B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti legge*, cit., p. 772.

(43) Per distinzione tra reati «di certa riferibilità» e reati «non direttamente riferibili» al crimine organizzato v. *Senato della Repubblica. X legislatura. Relazione al disegno di legge intitolato «Conversione in legge del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa»*, stampato n. 2808, p. 3 reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(44) Sono considerati tali i seguenti reati: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 416-*bis* e 416-*ter* del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis* primo comma, 600-*ter* primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies* e 630 del codice penale, all'articolo 12 commi 1 e 3 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 e successive modificazioni, all'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973 n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-*nonies* e 17-*bis* del decreto-legge 15 gennaio 1991

ziari e le misure alternative anzitutto prestando forme di collaborazione “piena”<sup>45</sup> con la giustizia, adoperandosi cioè, a norma dell'art. 58-ter ord. penit., «per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori» ovvero aiutando «concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati». Si è in questo modo dato vita ad una sorta di presunzione legale in forza della quale la scelta di collaborare esclude di per sé la persistenza dei legami con il crimine organizzato<sup>46</sup>, finendo così per dissolvere quella pericolosità sociale che si presume essere propria dei detenuti per fatti di mafia<sup>47</sup>.

Parte della dottrina ritiene questo sistema in contrasto con la con l'art. 27 comma 3 Cost.<sup>48</sup> e con il principio processuale del divieto di utilizzare metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione dell'interessato con la constatazione che il diritto al silenzio garantito nel processo penale ed espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, consacrato all'art. 24 comma 2 Cost., si tramuterebbe, per questi delitti, nell'onere di collaborare con la giustizia nella fase dell'esecuzione, onere riconducibile all'«incivile brocardo *carceratus tenetur alios detegere*»<sup>49</sup>.

Nondimeno, la concessione dei benefici penitenziari ai detenuti per reati di cui alla prima fascia è, in secondo luogo, possibile anche in assenza di una forma di collaborazione *ex art. 58-ter* giacché, qualora essa sia oggettivamente irrilevante o impossibile, l'art. 4-bis comma 1-bis ord. penit. consente il superamento della condizione ostativa, a patto che vengano acquisiti elementi tali da escludere in

---

n. 8 convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991 n. 82 e successive modificazioni.

(45) Per la fortunata distinzione tra collaborazione “piena” e collaborazione “attenuata” v. C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la “collaborazione” come presupposto per i benefici*, in *G. cost.*, 1993, p. 2507.

(46) Per questa considerazione, cfr. V. GREVI, *Premessa*, cit., p. 10; F. P. C. IOVINO, *Osservazioni*, cit., p. 1262.

(47) In questa direzione v. P. CORVI, *op. cit.*, p. 51.

(48) Cfr. M. PAVARINI, B. GUZZALOCA, *op. cit.*, p. 185 secondo i quali «la previsione di un assoluto sbarramento alla fruizione dei circuiti alternativi, accessibili solo attraverso una collaborazione con la giustizia qualificata ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. [...] comporterebbe un «evidente obliterazione della funzione rieducativa della pena». In tal senso v. anche L. FILIPPI, G. SPANGHER, *op. cit.*, p. 237; F. P. C. IOVINO, *Osservazioni*, cit., p. 1262.

(49) Cfr. diffusamente L. FILIPPI, G. SPANGHER, *op. cit.*, p. 237 e s. Nella stessa direzione v. anche M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 506; M. CANEPA, *op. cit.*, p. 127.

maniera certa l'attualità di collegamenti con la delinquenza organizzata<sup>50</sup>. Si fa presto a comprendere, tuttavia, come in questo caso si sia di fronte, più che a una semplice inversione dell'onere della prova, a una *probatio diabolica*: dimostrare l'inesistenza di collegamenti con il sodalizio criminale è infatti un'«operazione gnoseologica estremamente problematica, ai limiti [...] dell'impossibilità»<sup>51</sup>, nonché difficilmente compatibile con il dettato costituzionale ed, in particolare, con gli artt. 24 comma 2 e 27 comma 3 Cost. in quanto capace, secondo parte degli interpreti, di pregiudicare il diritto di difesa e la funzione rieducativa della pena<sup>52</sup>.

Per quanto riguarda i detenuti per delitti di seconda fascia<sup>53</sup>, che abbiamo detto non essere direttamente ascrivibili al crimine organizzato, è qui sufficiente osservare che i benefici penitenziari e le misure alternative possono essere loro concessi «purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» e ciò in quanto manca nei loro confronti la presunzione di pericolosità sociale propria, invece, dei soggetti di prima fascia<sup>54</sup>.

---

(50) Oltre a questa condizione è necessario che: a) in caso di collaborazione irrilevante sussista una delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62 n. 6, 114 o 116 cod. pen.; b) oppure che la collaborazione impossibile o inutile sia dovuta alla limitata partecipazione al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna ovvero all'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità (art. 4-bis comma 1-bis ord. penit.).

(51) Le espressioni testualmente riportate sono di F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni*, cit., p. 102. Cfr., in senso analogo, R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 187; B. GUAZZALOCA, *Criterio del "doppio binario"*, cit., p. 147; V. GREVI, *Premessa*, cit., p. 5; F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria*, cit., p. 440; F. P. C. IOVINO, *Osservazioni*, cit., p. 1264. Si parla invece di inversione dell'onere della prova in M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 498 dove peraltro viene proposta una diversa e non agevole (a detta degli stessi Autori) lettura della norma, in base alla quale oggetto di accertamento sarebbe un fatto positivo incompatibile con la permanenza di collegamenti con l'organizzazione come ad esempio il pubblico distacco da essa.

(52) V., per tutti, L. CARACENI, C. CESARI, *op. cit.*, p. 75.

(53) Si fa riferimento alle seguenti ipotesi criminose: delitti di cui agli articoli 575, 600-bis secondo e terzo comma, 600-ter terzo comma, 600-quinquies, 628 terzo comma, e 629 secondo comma del codice penale, all'articolo 291-ter del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973 n. 43, all'articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n.309 e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80 comma 2 del medesimo testo unico, all'articolo 416 primo e terzo comma del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale e dall'articolo 12 commi 3, 3-bis e 3-ter del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 e successive modificazioni.

(54) F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria*, cit., p. 440.

#### 4. La “strategia premiale” e la collaborazione con la giustizia

I primi clamorosi casi di “pentitismo” mafioso – generati, perlopiù, dalle faide interne a Cosa nostra, le quali, come effetto collaterale, avevano indotto gli appartenenti alle fazioni sconfitte ad affidare alla giustizia le loro personali istanze di sopravvivenza<sup>55</sup> – hanno consentito «una lettura “dall'interno” della struttura e delle dinamiche delle organizzazioni» criminali, aprendo «una breccia nel muro dell'omertà, [sino ad allora] ritenuto impenetrabile»<sup>56</sup>. Tale considerazione ha ingenerato nel legislatore la consapevolezza che efficaci risultati sul piano del contrasto a questa forma di delinquenza, caratterizzata da strutture associative complesse e dalla forza dell'*affectio societatis*, possono essere raggiunti soltanto tramite lo strumento della collaborazione con la giustizia da parte di soggetti “intraneei” al sodalizio<sup>57</sup>, gli unici in grado di svelare aspetti altrimenti difficilmente conoscibili dalle autorità<sup>58</sup>. In quest'ottica, il “pentito” diventa il “cavallo di Troia” mediante il quale l'ordinamento può attaccare la mafia dall'interno e senza il quale sarebbe assai improbo affrontare questo fenomeno criminale, giacché «solo attraverso il contributo di coloro che [...] ne conoscono la struttura, le gerarchie e le dinamiche e hanno avuto un ruolo fattivo nelle attività poste in essere dall'associazione, è possibile tentare di scardinare l'organizzazione»<sup>59</sup>.

Constatata l'inadeguatezza delle vigenti disposizioni a favorire un apprezzabile fenomeno collaborativo<sup>60</sup> e superato in senso positivo il dibattito circa l'op-

---

(55) Sui vari motivi per i quali i primi “pentiti” decisero di collaborare con la giustizia v., per tutti, G. FALCONE, *Cose di cosa nostra*, Milano, 2012, p. 76 e ss.

(56) Testualmente G. FALCONE, *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Milano, 2010, p. 46.

(57) P. COMUCCI, *op. cit.*, p. 35. Sul punto v. anche M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 503; P. CORVI, *op. cit.*, p. 22; A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 63.

(58) Il magistrato Giovanni Falcone riferendosi a Tommaso Buscetta, uno di primi mafiosi a collaborare con la giustizia, evidenziava come «prima di lui [...] non avevamo che un'idea superficiale del fenomeno mafioso. [...] Ci ha dato una chiave di lettura, un linguaggio, un codice. È stato per noi come un professore di lingue che ti permette di andare dai turchi senza parlare con i gesti». G. FALCONE, *Cose di cosa nostra*, cit., p. 52.

(59) Così P. CORVI, *op. cit.*, p. 34.

(60) Scriveva, a tal proposito, G. FALCONE, *La posta in gioco*, cit., p. 62: «sono ormai tali e tante le provvidenze e i benefici per i soggetti, anche più pericolosi per la società, che, di fronte a una pena irragionevolmente lieve e a una esecuzione della stessa non meno irragionevolmente benevola, non si riesce a comprendere per quale motivo si dovrebbe ancora trovare chi sia tanto stolto da ritenere di discostarsi dalla consegna del silenzio anche più ostinato».

portunità di adottare una strategia premiale<sup>61</sup>, il legislatore ha dato vita, nei primi anni '90, ad un “sottosistema penale”<sup>62</sup> riservato ai “pentiti” e fatto di prescrizioni di consistente favore, dichiaratamente volte ad incentivarne la delazione con le autorità<sup>63</sup>.

Come noto, tale normativa non abbraccia soltanto il momento penitenziario ma anche quello sanzionatorio, processuale e tutorio<sup>64</sup>, ma ciò che qui è importante sottolineare è l'incidenza che essa esercita sul trattamento carcerario dei soggetti – detenuti per reati riconducibili alla mafia – che abbiano deciso di dissociarsi dal mondo della criminalità organizzata per offrire il loro contributo informativo agli organi inquirenti. Invero, il terreno dell'esecuzione penale si presenta come particolarmente fertile per “coltivare” una strategia finalizzata a sollecitare il “pentitismo” posto che, grazie alla compresenza di istituti premiali e di strumenti neutralizzativi, il carcere diventa luogo privilegiato di repressione e, contestualmente, “uscita di sicurezza” per i “pentiti”<sup>65</sup>.

A quest'ultimo proposito, viene anzitutto in rilievo l'art. 58-ter ord. penit. – introdotto dall'art. 1 del D.L. 152/91 – il quale tratteggia, per la prima volta in ambito penitenziario, una definizione organica di collaboratore con la giustizia<sup>66</sup> qualificando come tale colui che, anche dopo la condanna, si è adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero ha aiutato con-

---

(61) Cfr. S. CIANCI, *La gestione penitenziaria della criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 668; L. D'AMBROSIO, *Testimoni e collaboratori di giustizia*, Padova, 2002, p. 15; A. BERNASCONI, *I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell'ordinamento italiano e nell'esperienza statunitense*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata*, cit., p. 202 e ss.

(62) Così M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 503.

(63) V. *Senato della Repubblica. XI legislatura. Relazione al disegno di legge intitolato «Conversione in legge del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa»*, stampato n. 328, p. 14 reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it) dove, tra l'altro, si può leggere che «[le] nuove disposizioni dettate in tema di ordinamento penitenziario [...] rappresentano [...] emblematica attuazione delle linee portanti dell'intervento governativo intese a stimolare la collaborazione con la giustizia». In dottrina cfr. A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 60; V. GREVI, *Premessa*, cit., p. 9. Per una descrizione ragionata dell'iter che ha portato all'inaugurazione della strategia antimafia volta a favorire la collaborazione con la giustizia mediante la previsione di strumenti premiali, v. diffusamente A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 189 e ss.

(64) L. D'AMBROSIO, *op. cit.*, p. 28 e s.

(65) Così A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 201.

(66) Si è parlato di definizione “organica” in quanto non circoscritta a singoli reati. Così C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 350.

cretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

Già si è avuto modo di vedere come questa forma di collaborazione, che potremmo definire “piena”, assuma un'importanza essenziale per i detenuti per delitti di criminalità organizzata, consentendo ad essi la possibilità di accedere all'ordinario circuito trattamentale altrimenti precluso, nonché rimuovendo, a tal fine, gli irrigidimenti previsti, sotto il profilo del *quantum* di pena espiata, dal comma 1 dell'articolo 21, dal comma 4 dell'articolo 30-*ter* e dal comma 2 dell'articolo 50 ord. penit. Peraltro, simili effetti premiali vengono prodotti automaticamente, senza che vi sia la necessità di dimostrare la recisione dei legami con la criminalità organizzata, essendo la stessa presunta come logica conseguenza del pregiudizio cagionato all'organizzazione<sup>67</sup>. Ciò permette di distinguere la collaborazione “piena” da quella “attenuata” e di evidenziare il maggior favore che il legislatore accorda alla prima giacché, in caso di “pentimento” oggettivamente irrilevante o impossibile, da un lato, le preclusioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. vengono meno unicamente in presenza di un insieme di condizioni, tra le quali la prova diabolica della recisione del vincolo associativo; dall'altro, le “quote” di pena che devono essere espiate per accedere ai benefici penitenziari ed alle misure alternative restano maggiori rispetto a quelle ordinarie.

Salvo quanto disposto dall'art. 58-*ter* ord. penit., consistenti benefici sono accordati dall'art. 16-*nonies* del D.L. 15 gennaio 1991 n. 8<sup>68</sup> a favore «delle persone condannate per un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale o per uno dei delitti di cui all'articolo 51 comma 3-*bis*<sup>69</sup> del codice di procedura penale, che abbiano prestato, anche dopo la con-

(67) Cfr. F. P. C. IOVINO, *Osservazioni*, cit., p. 1264; più recentemente P. CORVI, *op. cit.*, p. 53.

(68) Detto articolo, introdotto dalla legge 13 febbraio 2001 n. 45, ha sostanzialmente preso il posto dell'art. 13-*ter* del medesimo decreto, a suo tempo introdotto dal citato D.L. 8 giugno 1992 n. 306 ed, appunto, abrogato dalla legge 45/01.

(69) L'art. 51 comma 3-*bis* cod. proc. pen. rinvia alle seguenti ipotesi criminose: delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis*, 416-*ter* e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica

danna, taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali». Invece, l'articolo *de quo*, con riferimento a tali soggetti, istituisce una “corsia preferenziale”<sup>70</sup> per l'accesso alla liberazione condizionale, nonché per la concessione dei permessi premio e della detenzione domiciliare di cui all'articolo 47-*ter* ord. penit. «anche in deroga alle vigenti disposizioni, ivi comprese quelle relative ai limiti di pena<sup>71</sup>» formali e sostanziali previsti dal legislatore, sempre che sussistano le seguenti condizioni.

Anzitutto, è necessaria l'acquisizione del parere o della proposta del Procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo ai sensi dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 16-*nonies*; in secondo luogo, entro il termine di 180 giorni da quando il soggetto ha espresso la volontà di collaborare, deve essere redatto il verbale illustrativo di cui all'art. 16-*quater* D.L. 8/91<sup>72</sup>; occorre, inoltre, avere riguardo «all'importanza della collaborazione» prestata, deve essere dimostrato il ravvedimento del detenuto e non devono persistere elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva<sup>73</sup>; da ultimo, per ottenere la liberazione condizionale e la detenzione domiciliare è necessario aver espiato almeno un quarto della pena inflitta ovvero dieci anni in caso di condanna all'ergastolo (i permessi premio possono essere concessi sin dal primo giorno di carcerazione)<sup>74</sup>.

In dottrina, è stato osservato come la previsione dei suddetti presupposti

---

9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

(70) Così A. PULVIRENTI, *op. cit.*, p. 346.

(71) Ci si riferisce «ai limiti di pena di cui all'articolo 176 del codice penale e agli articoli 30-*ter* e 47-*ter* della legge 26 luglio 1975 n. 354, e successive modificazioni».

(72) «Tale enunciazione mostra come i benefici penitenziari si pieghino ad obiettivi chiaramente processuali». Così A. CICALA, *Lo speciale regime dell'accesso ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1668.

(73) Se da una parte risulta difficile provare il ravvedimento in quanto atteggiamento interiore, dall'altra parte pare più agevole dimostrare la mancanza di legami con la l'organizzazione essendo richiesta, in questo caso, la prova positiva quale sbarramento all'applicazione dei benefici di cui all'articolo in esame. Cfr. P. CORVI, *op. cit.*, p. 265; M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 530. Questi ultimi Autori evidenziano (p. 532) come il fatto di subordinare l'ammissione ai suddetti benefici al ravvedimento del collaboratore abbia attribuito un carattere premiale e trattamentale a questa disposizione.

(74) V. ampiamente S. ARDITA, *La nuova legge sui collaboratori e sui testimoni di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1712.

temporali e di merito e, più in generale, la particolare qualificazione della condotta collaborativa, abbiano fornito un minimo di effettività alla pena inflitta, evitando di trascurare del tutto il ruolo che le funzioni general-preventiva e retributiva di questa hanno nel sistema complessivo della sanzione penale<sup>75</sup>. S'è, tuttavia, sottolineato come, in relazione ai “pentiti”, i benefici penitenziari, finalizzati al reinserimento sociale del condannato, vengano concessi non a seguito dell'osservazione, del trattamento e dalla partecipazione positiva al percorso rieducativo e risocializzante del detenuto<sup>76</sup>, ma a seguito della collaborazione con l'autorità giudiziaria<sup>77</sup> che si configura quindi come *condicio sine qua non* per poter accedere all'ordinario circuito penitenziario<sup>78</sup>.

##### **5. Il “carcere duro” di cui all'art. 41-bis comma 2 ord. penit.: rinvio**

Il discorso che ha impegnato i paragrafi precedenti – privo di qualsiasi ambizione di completezza – si è posto l'obiettivo di mettere in luce la strategia politico-criminale ispirata alla logica “del bastone e della carota” che trae fondamento nell'art. 4-*bis* ord. penit. e che è caratterizzata, su un versante, dall'offerta di istituti premiali per coloro che collaborano con la giustizia e, sull'altro versante, dall'estremo rigore e dall'esigenza di prevenzione nei confronti degli “irriducibili”. D'altronde, sembra questo lo stipite su cui si flette l'intero diritto penitenziario an-

---

(75) Cfr. A. PULVIRENTI, *op. cit.*, p. 345; C. RUGA RIVA, *op. cit.*, p. 342. Il citato ed ora abrogato art. 13-*ter* D.L. 8/91, a differenza dell'attuale disciplina, prevedeva che «l'assegnazione al lavoro all'esterno, la concessione dei permessi premio e l'ammissione alle misure alternative alla detenzione» potessero essere concesse «anche in deroga alle vigenti disposizioni, ivi comprese quelle relative ai limiti di pena di cui agli articoli 21, 30-*ter*, 47, 47-*ter* e 50 ord. penit.», nei confronti, non di chi offrisse una collaborazione “qualificata” come previsto attualmente, ma delle persone ammesse a speciale programma di protezione, il quale finiva per diventare un *passpartout* per fuggire dalla sanzione detentiva. Una simile disposizione era prevista ad uso e consumo del “collaboratore protetto” ed essendo priva di qualsiasi collegamento con la funzione rieducativa della pena, andava a pregiudicare le esigenze di prevenzione generale e speciale. Con la riforma del 2001 si è quindi optato per una netta separazione del momento premiale da quello tutorio. Per queste considerazioni v. A. PULVIRENTI, *op. cit.*, p. 342; S. ARDITA, *op. cit.*, p. 1698 e ss.; L. D'AMBROSIO, *op. cit.*, p. 158; C. RUGA RIVA, *op. cit.*, p. 340 e s.

(76) A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 188.

(77) P. CORVI, *op. cit.*, p. 238; F. P. C. IOVINO, *Osservazioni*, cit., p. 1267.

(78) Così, tra gli altri, v. R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 179; M. PAVARINI, B. GUAZZALOCCA, *op. cit.*, p. 211; A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 66; B. GUAZZALOCCA, *Profili penitenziari dei decreti legge*, cit., p. 772; ID., *Criterio del “doppio binario”*, cit., p. 146; P. CORVI, *op. cit.*, p. 34.

timafia: da un lato, divaricando la forbice del doppio binario, il legislatore tende ad incentivare fenomeni di “pentitismo” e, di conseguenza, a perseguire obiettivi di natura sostanziale e soprattutto processuale, estranei alle finalità tradizionalmente riconosciute all'esecuzione penale<sup>79</sup>; dall'altro, predispone, in relazione ai detenuti per reati di certa riferibilità al crimine organizzato, un regime trattamentale particolarmente afflittivo e segregante, escludendo o limitando seriamente la possibilità per costoro di affrancarsi temporaneamente da un carcere che nei loro confronti finisce per massimizzare il suo carattere di istituzione totale<sup>80</sup>.

In questo mosaico si incardina il regime detentivo speciale disciplinato dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. La norma, introdotta ad opera del D.L. 8 giugno 1992 n. 306, attribuisce al Ministro della giustizia la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle ordinarie regole di trattamento e degli istituti previsti dalla legge penitenziaria nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei reati di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* ord. penit. o comunque per un delitto che sia stato commesso con “metodo mafioso” ovvero al fine di agevolare la *societas sceleris*, sempre che vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva.

Il “carcere duro”, da subito concepito come una mera riproposizione, rivista e corretta, del vecchio art. 90 ord. penit.<sup>81</sup>, è nato sotto forma di istituto a carattere temporaneo, con termine di efficacia fissato in tre anni dall'entrata in vigore della legge di conversione del suddetto decreto introduttivo. Nondimeno, il legislatore ha via via prorogato questo termine sino al 2002<sup>82</sup>, quando la legge 23 di-

(79) Sull'attribuzione all'ordinamento penitenziario di funzioni, per così dire, “atipiche”, cfr. V. GREVI, *Premessa*, cit., p. 14; C. RUGA RIVA, *op. cit.*, p. 359; A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 199; A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 64.

(80) Sul carcere come “istituzione totale” v., per tutti, E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2001, p. 34. L'Autore definisce «le prigioni, i penitenziari, i campi per prigionieri di guerra, i campi di concentramento» come quelle istituzioni totali che servono a «proteggere la società da ciò che si rivela come un pericolo intenzionale nei suoi confronti, nel qual caso il benessere delle persone segregate non risulta la finalità immediata dell'istituzione che li segrega».

(81) In questo senso cfr. B. GUZZALOCA, *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 144; M. CANEPA, *op. cit.*, p. 141; G. NEPPI MODONA, *op. cit.*, p. 54; F. P. C. IOVINO, *Osservazioni*, cit., p. 1259; T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 185.

(82) Il suddetto termine è stato infatti prorogato, dapprima, con la legge 16 febbraio 1995 n. 36,

cembre 2002 n. 279 ha sancito la definitiva stabilizzazione della disciplina *extra ordinem* e, traducendo in norme giuridiche i principi espressi dalla Consulta nel periodo *ante riforma*<sup>83</sup>, ha offerto compiuta regolamentazione al regime speciale<sup>84</sup>. Ad essa si è, poi, succeduta la legge 15 luglio 2009 n. 94 ad opera della quale il 41-bis è stato sottoposto a profonde modifiche, con l'intento di ripristinarne l'originario rigore e di rendere ancor più difficile ai detenuti la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza<sup>85</sup>.

Infatti, come si vedrà ampiamente nel prosieguo, il provvedimento ministeriale di sospensione delle ordinarie regole del trattamento, adottato in presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, esplica una funzione marcatamente preventiva, mirando ad impedire che soggetti collocati in posizione di vertice all'interno della delinquenza organizzata possano intrattenere rapporti con la consorteria operante all'esterno ed impartire ordini o direttive ai sodali rimasti in libertà<sup>86</sup>. Tuttavia, non si manca di dubitare che dietro alla finalità dichiarata di spezzare il vincolo associativo si possa celare l'intenzione di implementare una «sorta di «soave inquisizione» [...] capace di «sciogliere le lingue»<sup>87</sup>.

Rinviando ai prossimi capitoli l'analisi della disciplina di questo istituto, si

---

sino al 31 dicembre 1999; successivamente, con la legge 7 gennaio 1998 n. 11, al 31 dicembre 2000; infine, con la legge 24 novembre 2000 n. 341, al 31 dicembre 2002.

(83) In questo senso P. GIORDANO, *op. cit.*, p. 37.

(84) Cfr. F. S. DE MARTINO, *Dal Senato è arrivato il primo sì alla istituzionalizzazione del 41bis*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 40, p. 22 e ss.; A. DI GIOVANNI, *Ordinamento penitenziario, la riforma non è solo 41bis. Numerose le novità introdotte dalla legge 279/02*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 1, p. 8 e ss.; G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 412 e ss.; ID., *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 40 e ss.; P. GIORDANO, *Un punto fermo nell'incerto metodo di legiferare*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 37 e ss.; G. LA GRECA, *Una «stabilizzazione» per uscire dall'emergenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 417 e ss.

(85) *Senato della Repubblica. XVI Legislatura. Relazione al disegno di legge recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica»*, stampato n. 733-A, p. 6, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(86) In questo senso v., per tutti, S. ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis o. p.*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 352; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 118 e ss.; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 448.

(87) Testualmente M. PAVARINI, *Il «carcere duro» tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, p. 265.

può conclusivamente constatare come il legislatore abbia reagito al problema della mafia rafforzando il carattere dissuasivo della sanzione penale mediante l'innalzamento dei limiti edittali di pena e, dal punto di vista penitenziario, diminuendone la flessibilità, cosicché il “castigo” irrogato dal giudice sia effettivamente ed interamente espiato dal condannato, sulla convinzione che il suo carattere deterrente dipende non tanto dalla pena comminata dalla legge quanto piuttosto «dal timore di dover espiare una pena certa»<sup>88</sup>.

In particolar modo, si è riequilibrato l'assetto gerarchico tra le diverse funzioni della sanzione criminale, privilegiandone il ruolo retributivo e preventivo a discapito di quello rieducativo menzionato dall'art. 27 comma 3 Cost., compiutamente realizzato dalla legge Gozzini ma posto in secondo piano di fronte alle istanze di difesa sociale generate dall'emergenza mafiosa. È comunque bene rammentare che la Corte costituzionale<sup>89</sup>, sposando una concezione polifunzionale della pena, ritiene quella del reinserimento sociale essere una finalità non esclusiva né principale della pena stessa ma semplicemente una finalità concorrente con le altre, le quali non sono menzionate dalla Carta fondamentale solo in quanto insite nella natura stessa del “castigo”. Se ne evince quindi che il legislatore possa incrementarne il ruolo preventivo e retributivo e ridurne lo spazio rieducativo senza però poterlo obliterare totalmente, posto che il significato precettivo dell'art. 27 comma 3 Cost. impone di conservare una seppur minima attitudine risocializzante della pena<sup>90</sup>.

In quest'ottica, destano tuttavia particolare perplessità alcune delle norme che compongono il quadro della legislazione penitenziaria antimafia e che in questa sede non posso trovare un'adeguata trattazione sotto questo profilo. Quel che è certo è che, volendo riprendere le parole del prof. Vittorio Grevi, «il coinvolgimento degli apparati penitenziari verso il conseguimento di obiettivi eterogenei rispetto alle funzioni che le sono proprie, è uno dei tanti prezzi che si sono dovuti pagare nel quadro della più generale strategia di contrasto contro il crimine orga-

---

(88) A. PULVIRENTI, *op. cit.*, p. 321.

(89) Cfr. Corte cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., sent. 25 maggio 1989, n. 282, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(90) A. PULVIRENTI, *op. cit.*, p. 322.

nizzato. Un prezzo piuttosto elevato, [...] probabilmente necessario in un determinato momento storico caratterizzato dall'offensiva della peggiore criminalità», che «ci si augura [non debba] essere pagato ancora a lungo»<sup>91</sup>. A distanza di oltre vent'anni da quelle parole, il nostro ordinamento continua a pagare quel prezzo, segno forse del perdurare di un'emergenza, quella mafiosa, ben distante dal tramonto.

---

(91) V. GREVI, *Premessa*, cit., p. 15.



## ***Capitolo II*** **IL PRIMO COMMA** **DELL'ART. 41-BIS ORD. PENIT.**

### ***1. Premessa***

Come s'è detto nel capitolo precedente, l'art. 41-*bis* ord. penit. è stato introdotto nel 1986 ad opera della legge Gozzini ed è stato successivamente interpolato con il secondo comma a seguito dei gravi episodi stragisti dell'estate del 1992. Ne deriva che la disposizione, nella sua attuale configurazione, disciplina due differenti regimi speciali: quello regolato dall'originario primo comma, volto a fronteggiare la cd. pericolosità penitenziaria e quindi a salvaguardare l'ordine e la sicurezza interna al carcere; quello previsto dai commi 2 e ss. che, viceversa, mira a tutelare la *salus populi* contro la *perpetuatio delicti* ad opera di detenuti socialmente pericolosi, provenienti dal mondo della criminalità organizzata.

Oggetto d'analisi del presente capitolo sarà il primo istituto, meno noto e ben meno importante del secondo, in quanto rimasto pressoché sulla carta; al “carcere duro”, al contrario comunemente catalogato tra gli strumenti normativi più efficaci nella lotta alla mafia, saranno interamente dedicati i capitoli successivi.

### ***2. Dall'art. 90 ord. penit. all'art. 41-bis comma 1 ord. penit.***

L'allarme sociale provocato dall'espansione del terrorismo di matrice politico-eversiva aveva indotto il legislatore ad introdurre, nel corso dei lavori parlamentari per l'adozione della legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975 n. 354), l'art. 90 ord. penit. quale norma di chiusura del sistema<sup>1</sup>,

---

(1) Cfr., tra gli altri, R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 163; L. CESARIS, *sub art. 90 ord. pe-*

rimediando alla mancata previsione di un trattamento differenziato per soggetti dotati di particolare capacità a delinquere<sup>2</sup>. Si era per questo verso attribuita al Ministro di grazia e giustizia – in presenza di gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza – la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, in uno o più stabilimenti penitenziari (*rectius*: istituti penitenziari<sup>3</sup>) e per un periodo determinato, strettamente necessario, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti che potessero porsi in concreto contrasto con le predette esigenze.

Verosimilmente a causa dello scarso dibattito parlamentare che ne aveva preceduto l'approvazione, tale norma presentava diversi profili problematici che erano stati oggetto di pesanti critiche da parte della dottrina: si contestavano principalmente l'estrema genericità nella descrizione dei presupposti applicativi e dei contenuti, l'ampiezza del potere conferito all'autorità amministrativa e la mancanza di un mezzo di tutela giurisdizionale<sup>4</sup>. Inoltre, il tenore della norma non consentiva la possibilità di operare discriminazioni tra i detenuti, con la conseguenza che il soggetto *in vinculis* veniva assoggettato a questo regime carcerario differenziato<sup>5</sup> per il solo fatto di essere assegnato ad un istituto sottoposto a tale disciplina<sup>6</sup>.

Se inizialmente l'art. 90 ord. penit. non aveva ricevuto particolare fortuna,

---

*nit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 1074.

(2) S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, p. 6.

(3) L'espressione "stabilimento" di cui all'art. 90 ord. penit. rappresentava un evidente retaggio del regolamento Rocco il quale, sulla scia della tradizione ottocentesca francese, adottava questo termine in luogo del più moderno "istituto". Per questa considerazione v. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 160.

(4) Per questi aspetti problematici dell'art. 90 ord. penit. cfr. G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, p. 204; R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 165; L. CESARIS, *sub art. 90 ord. penit.*, *cit.*, p. 1074; S. ARDITA, *op. cit.*, p. 8; F. P. C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1258.

(5) Per la qualificazione dell'art. 90 come "regime carcerario differenziato" v. P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 113 nonché B. BOCCHINI, *Carceri e sistema penitenziario*, in *Dig. Pen. Agg.*, III, tomo 1, Torino, 2005, p. 123.

(6) In questa direzione cfr. R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 164; S. ARDITA, *op. cit.*, p. 8; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 198. Infatti, se inizialmente l'applicazione del regime previsto dall'art. 90 ord. penit. era riservata alle sole carceri speciali, successivamente è stata estesa anche ad altri istituti nei quali erano detenuti soggetti pericolosi che, a causa della carenza di strutture, non potevano essere assegnati a carceri di massima sicurezza. Per queste considerazioni v. R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 165; S. ARDITA, *op. cit.*, p. 6.

restando sostanzialmente inutilizzato<sup>7</sup>, con l'istituzione del “circuito parallelo” delle carceri speciali (o di massima sicurezza)<sup>8</sup> aveva assunto una nuova configurazione ed aveva trovato il contesto per un più ampio impiego, venendo adoperato «per la messa a regime» del circuito di nuovo conio<sup>9</sup>. Infatti, benché, quest'ultimo fosse sorto indipendentemente dal regime in esame<sup>10</sup>, nella prassi l'art. 90 ord. penit. aveva finito per essere sistematicamente applicato anche nelle carceri speciali, dando luogo ad un utilizzo congiunto dei due strumenti, generativo di evidenti distorsioni, giacché da mezzo straordinario di tutela dell'ordine e della sicurezza degli istituti in presenza di situazioni connotate da gravità ed eccezionalità<sup>11</sup>, l'articolo in questione era diventato strumento ordinario di contrasto al fenomeno terroristico<sup>12</sup>.

Cessata l'emergenza degli “anni di piombo” e constatati i problemi di legittimità costituzionale e la distorta applicazione della norma<sup>13</sup>, la legge Gozzini ha

---

(7) R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 163.

(8) Con il decreto interministeriale del 4 maggio 1977, emanato di concerto tra il Guardasigilli, il Ministro della difesa e il Ministro dell'interno, si diede vita all'ufficio per il coordinamento dei servizi di sicurezza degli istituti penitenziari al quale era preposto un Generale dei Carabinieri – il primo fu il gen. Carlo Alberto Dalla Chiesa – nominato dal Ministro della difesa, mentre con il decreto interministeriale del 21 luglio dello stesso anno vennero istituite le prime cinque carceri speciali o di massima sicurezza: con questi provvedimenti venne alla luce uno speciale sistema penitenziario di sicurezza. Cfr. R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 164; S. ARDITA, *op. cit.*, p. 5; M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 198; R. TURRINI VITA, *Il contrasto al crimine organizzato nell'esperienza penitenziaria italiana*, in *Rass. penit. crim.*, 2000, f. 1-3, p. 128 e ss.

(9) Così T. PADOVANI, *Riforma penitenziaria, Commento sub art. 10 della legge 663/86*, in *L. p.*, 1987, p. 148. Nella stessa direzione G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 205; R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 164; G. NEPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino, 1995, p. 54.

(10) R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 164; L. CESARIS, *sub art. 90 ord. penit.*, cit., p. 1075.

(11) L'art. 90 ord. penit., nelle intenzioni del legislatore, «avrebbe dovuto riguardare casi-limite di emergenza [...] in cui gli strumenti “ordinari” di controllo sarebbero risultati inadeguati o, addirittura, vani». Così R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 163. Nella stessa direzione cfr. P. CORVI, *op. cit.*, p. 114; L. CESARIS, *sub art. 90 ord. penit.*, cit., p. 1074.

(12) G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 207; R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 164; L. CESARIS, *sub art. 90 ord. penit.*, cit., p. 1075. Le misure in concreto adottate sulla base dell'art. 90 ord. penit. furono destinate in particolar modo ad evitare l'ingresso in carcere di armi od oggetti pericolosi ed in secondo luogo a limitare i contatti con l'esterno. Tra le restrizioni più importanti, vanno ricordati il divieto di partecipare alle rappresentanze dei detenuti, il controllo sulla corrispondenza in entrata e in uscita, la limitazione delle ore d'aria, la riduzione del numero dei soggetti cui era consentito raggrupparsi insieme, lo svolgimento dei colloqui in locali muniti di messi separatori, l'impossibilità di effettuare telefonate. Cfr. diffusamente R. TURRINI VITA, *op. cit.*, p. 130; S. ARDITA, *op. cit.*, p. 7; M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 198.

(13) Si è tuttavia evidenziato come già a partire dal d.m. 4 agosto 1983 questa situazione penitenziaria fosse stata progressivamente attenuata tanto che al momento dell'entrata in vigore della legge Gozzini riguardava precipuamente i cd. *killers* delle carceri. Per questa osservazione v. M.

abrogato l'art. 90 ord. penit. con il proposito di rispondere diversamente (e in modo diretto) alle esigenze di ordine e di sicurezza all'interno del carcere, recuperando così quel grado di legalità che era stato soppiantato dall'ampia discrezionalità che l'amministrazione aveva assunto e che aveva trovato il suo apice proprio nell'utilizzo combinato delle carceri speciali e dell'articolo da ultimo citato<sup>14</sup>: d'altronde, la piena attuazione del trattamento rieducativo – a cui la riforma del 1986, come si è a suo tempo visto, era finalizzata – non può essere tale se non in un sistema penitenziario dove ordine e sicurezza vengono adeguatamente garantiti<sup>15</sup>.

In questo senso, il legislatore, da un lato, ha introdotto il regime di sorveglianza particolare e, dell'altro, ha sostituito il vecchio art. 90 ord. penit. con l'art. 41-bis comma 1 ord. penit.: sebbene entrambi gli istituti mirino al mantenimento dell'ordine e della sicurezza interna, v'è da dire che il primo, regolato dall'art. 14-bis ord. penit., si rivolge a singoli soggetti, identificati in base a parametri normativi di pericolosità penitenziaria, mentre il secondo, previsto dall'art. 41-bis comma 1 ord. penit., è diretto nei confronti di più persone ed interviene in presenza di gravi situazioni d'emergenza, quando l'azione sul singolo si rivela insufficiente a fornire un'adeguata risposta alle suddette esigenze<sup>16</sup>.

### **3. *La sospensione delle regole di trattamento di cui all'art. 41-bis comma 1 ord. penit.***

L'art. 41-bis comma 1 ord. penit. attribuisce al Ministro della giustizia, in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, la facoltà di sospendere, nell'istituto interessato o in parte di esso, l'applicazione delle normali regole di trattamento e precisa che tale sospensione è motivata dalla necessità di ri-

CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 198; R. TURRINI VITA, *op. cit.*, p. 131.

(14) Cfr. G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 207; R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 176; L. CESARIS, sub *art. 90 ord. penit.*, cit., p. 1075; S. ARDITA, *op. cit.*, p. 12; G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 204; B. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 123.

(15) P. CORVI, *op. cit.*, p. 115; L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 446.

(16) Cfr. tra i molti, T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 161; G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 207; F. P. C. IOVINO, *op. cit.*, p. 1259; R. DEL COCO, *op.cit.*, p. 176; S. ARDITA, *op. cit.*, p. 9.

pristinare l'ordine e la sicurezza ed ha la durata strettamente necessaria al conseguimento di detto fine.

Dalla lettura simultanea della norma da ultimo richiamata e dell'abrogato art. 90 ord. penit. non si evidenziano *prima facie* particolari differenze, generando così, in molti interpreti, l'impressione che la riforma non abbia modificato granché la disciplina delle situazioni d'emergenza<sup>17</sup>, la cui novazione sarebbe tuttalpiù da attribuire all'introduzione dell'art. 14-*bis* ord. penit. e al suo combinarsi con l'art. 41-*bis* comma 1 ord. penit<sup>18</sup>. A parte la diversa collocazione sistematica della norma, che potrebbe far pensare ad una diversa concezione di quest'ultima rispetto all'art. 90 ord. penit.<sup>19</sup>, sono rimaste immutate la competenza in capo al Ministro della giustizia ad adottare il decreto sospensivo, l'indeterminatezza circa la durata temporale di quest'ultimo<sup>20</sup>, la sua connessione con le esigenze di ordine e sicurezza e la natura della misura adottata (appunto la sospensione delle regole di trattamento)<sup>21</sup>. Bisogna tuttavia prendere atto della delimitazione all'ambito di operatività "territoriale" della norma poiché, rispetto a quanto previsto dal suo "antenato", l'art. 41-*bis* comma 1 ord. penit. circoscrive la sospensione delle regole di trattamento all'«istituto interessato» o a «parte di esso» evitando, almeno sul piano teorico, la possibilità di un'applicazione indiscriminata a più istituti<sup>22</sup>, risultato peraltro realizzabile mediante l'adozione di una pluralità di decreti ministeriali<sup>23</sup>.

---

(17) T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 159; L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 446; G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 207.

(18) Per questa considerazione v. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 160.

(19) Infatti, mentre l'art. 90 era collocato tra le «disposizioni finali e transitorie» quale norma di chiusura, l'art. 41-*bis* ord. penit. è inserito nel capo IV relativo al «regime penitenziario», il che «sembra implicare una dimensione meno pervasiva» del regime disciplinato dall'ultimo articolo citato. In questi termini T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 160. Nella stessa direzione L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 446. V., altresì, A. MARTINI, *Commento all'art. 19 D.L. 8/6/1992*, in *L. p.*, 1993, p. 209.

(20) Secondo parte della dottrina il concetto di «durata strettamente necessaria» impone che al provvedimento sospensivo di fissare un termine per la sua durata. In questo senso v. G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *op. cit.*, p. 205.

(21) Per la scarsa portata innovativa dell'art. 41-*bis* comma 1 ord. penit. rispetto all'art. 90 cfr. L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 446; G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 208; P. CORVI, *op. cit.*, p. 117; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 177; T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 160.

(22) L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 447; G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 208; P. CORVI, *op. cit.*, p. 117; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 177.

(23) T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 160. Lo stesso Autore evidenzia

Per quel che concerne i presupposti applicativi, si può cogliere lo sforzo del legislatore di fornire una descrizione più precisa rispetto al passato: infatti, a legittimare la sospensione delle regole di trattamento, sono ora «casi eccezionali di rivolta<sup>24</sup> o [...] altre gravi situazioni di emergenza»<sup>25</sup>. Esse, oltre a rimarcare il collegamento dello strumento con situazioni eccezionali o imprevedibili<sup>26</sup>, sanciscono l'adottabilità del decreto ministeriale soltanto in circostanze connotate da straordinaria gravità e questo in ragione del fatto che l'ordinamento, come si è precedentemente osservato, ha predisposto un altro rimedio per far fronte ai problemi di ordine e sicurezza interna, vale a dire il regime di sorveglianza particolare<sup>27</sup>.

Autorevole dottrina avanza un'esegesi sistematica degli artt. 41-*bis* comma 1 ord. penit. e 93 reg. esec. (D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230)<sup>28</sup> tale per cui l'applicazione del regime sospensivo *de quo* andrebbe subordinata alla sussistenza delle situazioni contemplate dalla disposizione regolamentare<sup>29</sup>, il che confermerebbe ancora una volta il carattere eccezionale della misura in esame, restando comunque indubbia la necessità di adottare il provvedimento ablatorio soltanto in via residuale, come *extrema ratio*, quando non sia efficacemente utilizzabile nessun altro

---

tuttavia come la delimitazione dell'ambito di operatività del regime sospensivo ad una parte soltanto dell'istituto non fosse sconosciuta alla prassi applicativa dell'art. 90 ord. penit. e ciò in forza di una «interpretazione *a maiori ad minus*».

(24) È stato peraltro evidenziato come in situazioni di rivolta sia difficilmente ipotizzabile l'utilizzo di uno strumento diverso dall'impiego della forza fisica disciplinato dall'art. 41 ord. penit. Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 196.

(25) Questo cambiamento rispetto alla previgente disposizione secondo alcuni interpreti sembrerebbe ascrivibile ad una logica non più che chiarificatrice degli intenti del legislatore. In questo senso cfr. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 159. Tuttavia G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *op. cit.*, p. 205 evidenziano nella “nuova” disposizione l'intenzione di limitare gli interventi ad ipotesi assolutamente straordinarie «certamente più gravi di quelle precedentemente previste» dall'art. 90 ord. penit.

(26) G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 209; L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 447. Questo collegamento sembrerebbe peraltro confermato dalla rubrica dell'articolo la quale parla di «situazioni di emergenza» cioè «di situazioni di particolare gravità e contingenti». Così di G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *op. cit.*, p. 204.

(27) L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 447.

(28) Ai sensi dell'art. 93 reg. esec., «qualora si verificano disordini collettivi con manifestazioni di violenza o tali da far ritenere che possano degenerare in manifestazioni di violenza il direttore dell'istituto, che non sia in grado di intervenire efficacemente con il personale a disposizione, richiede al prefetto l'intervento delle Forze di polizia e delle altre Forze eventualmente poste a sua disposizione, informandone immediatamente il magistrato di sorveglianza, il provveditore regionale, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria».

(29) V. sul punto L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 447.

strumento<sup>30</sup>.

Quanto all'oggetto del decreto ministeriale, mentre l'art. 90 ord. penit. si rivolgeva indistintamente agli istituti previsti dalla legge penitenziaria, l'art. 41-*bis* comma 1 ord. penit. prevede la possibilità di sospendere soltanto «l'applicazione delle normali regole di trattamento»: tale modifica, astrattamente ascrivibile ad una logica restrittiva rispetto al passato<sup>31</sup>, pare in realtà non incidere granché sul piano pratico in quanto, da un lato, già si escludeva che l'abrogato articolo consentisse l'intrusione dell'autorità amministrativa nel settore dei benefici penitenziari<sup>32</sup>, mentre, dall'altro lato, si ritiene che il concetto di trattamento penitenziario inglobi in sé tutte quelle regole passibili di interferire con le esigenze di ordine e sicurezza, tanto che al fine di tutelare queste ultime null'altro potrebbe essere sottoposto a sospensione<sup>33</sup>.

Trattandosi quindi di individuare in concreto ciò che è insuscettibile di costituire oggetto di intervento da parte del Guardasigilli<sup>34</sup>, la dottrina ha osservato come dalle indicazioni contenute nell'art. 14-*quater* ord. penit. possano utilmente ricavarsi i limiti al potere ministeriale atteso che, nonostante i due regimi – quello di sorveglianza particolare e quello disciplinato dall'art. 41-*bis* comma 1 ord. penit. – siano differenti in punto di collocazione e di presupposti, identica è la loro *ratio* e perciò non dissimile deve ritenersi, tra le due ipotesi, il nucleo intangibile dei diritti fondamentali<sup>35</sup>.

(30) G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 210.

(31) Dal concetto di “normali regole di trattamento” restano esclusi i benefici penitenziari che al contrario rientrerebbero nella nozione di “istituto penitenziario”. In questa direzione v. G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *op. cit.*, p. 205.

(32) Cfr. G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 210; G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *op. cit.*, p. 205.

(33) In tal senso T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 159.

(34) Del resto, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo». Così Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Infatti, «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca». Testualmente Corte cost., sent. 6 agosto 1979, n. 114, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(35) Cfr. R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 177; L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 447. L'art. 14-*quater* ord. penit. sancisce che le restrizioni derivanti dall'applicazione del regime di sorveglianza particolare non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno

Infine, in punto di tutela giurisdizionale, tra gli interpreti si è sottolineata la possibilità di far valere le doglianze avverso il provvedimento sospensivo interponendo reclamo di fronte al tribunale di sorveglianza *ex art. 14-ter* ord. penit.<sup>36</sup>, in quanto la Consulta, pur pronunciandosi in materia di “carcere duro”, ha avuto modo di affermare che «in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41 *bis* deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14 *ter* dell'ordinamento penitenziario»<sup>37</sup>.

Nondimeno, a seguito dell'introduzione dell'art. 35-*bis* ord. penit. e della riforma dell'art. 69 comma 6 ord. penit., si deve ritenere che le misure adottate dal Ministro in violazione di disposizioni previste dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento, dalle quali derivi al soggetto *in vinculis* un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti, possano essere impugnate mediante reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza competente.

Al di là delle questioni prettamente giuridiche poste dall'art. 41-*bis* comma 1 ord. penit., sul piano pratico va, tuttavia, evidenziato come il regime ivi disciplinato, trovando applicazione in una sola occasione, sia rimasto pressoché sulla carta<sup>38</sup>.

---

due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli.

(36) G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 212.

(37) Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(38) V. per questa osservazione S. ARDITA, *op. cit.*, p. 12. L'Autore evidenzia come l'unico caso di applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* comma 1 ord. penit. si sia avuto con il decreto del Guardasigilli datato 24 maggio 1989 il quale ha disposto la sospensione di alcune regole di trattamento in una sezione della casa circondariale di Palermo Ucciardone fino al 31 luglio 1989.

### *Capitolo III*

## **I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DEL REGIME DETENTIVO SPECIALE**

### **1. Premessa**

Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., come si è visto, è stato concepito ed introdotto nel 1992 – a ridosso della campagna stragista attuata da Cosa nostra a danno degli uomini delle istituzioni statali – per irrigidire la risposta penitenziaria alla dilagante emergenza prodotta da questa forma di delinquenza organizzata e per prevenire la minaccia dell'ordine e della sicurezza pubblica da parte di soggetti *in vinculis* provenienti da quel genere di criminalità. Nonostante i delitti riconducibili alla mafia siano solo parte integrante ma non esclusiva del novero dei reati-presupposto legittimanti l'applicazione del “carcere duro”, essendo ad esso assoggettabili, come vedremo, anche gli autori (o presunti tali) di altri delitti, non stupisce che il regime in questione negli anni abbia visto come suoi destinatari pressoché esclusivi i detenuti o internati “mafiosi”<sup>1</sup>, sintomo questo (probabilmente) del maggior impatto criminale che differenzia, da un punto di vista “qualitativo” e “quantitativo”, questo fenomeno delinquenziale dagli altri.

---

(1) In questa direzione cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 450. Si pensi che al 31 dicembre 2015 i soggetti sottoposti al regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* comma 2 ord. penit. erano 729 di cui: il 27,6% proveniente da Cosa nostra, il 40,3% dalla Camorra, il 21,7% dalla 'Ndrangheta, il 2,9% dalla Sacra corona unita, lo 0,8% dalla Stidda, il 6,2% da altre organizzazioni criminali di stampo mafioso e soltanto lo 0,4% dal terrorismo. Per questi dati v. *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto sul Regime Detentivo Speciale. Indagine Conoscitiva sul 41-*bis* (aprile 2016), p. 52, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

## 2. *Il presupposto formale: il rinvio al (primo periodo del) comma 1 dell'art 4-bis*

Il perimetro operativo del regime speciale è segnato dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. a mente del quale il Ministro della giustizia, in presenza di «gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica», può sospendere le ordinarie regole del trattamento nei confronti dei «detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* [ord. penit.] o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva».

A differenza dell'abrogato art. 90 ord. penit. e dell'attuale art. 41-*bis* comma 1 ord. penit., la disposizione *de qua*, sulla scia di quanto previsto in tema di regime di sorveglianza particolare, disciplina un istituto adottabile con provvedimento individualizzato<sup>2</sup>, avente dunque come destinatari non “carceri speciali” bensì “detenuti speciali”<sup>3</sup>. Essa, in particolar modo, seguendo una criticabile tecnica<sup>4</sup>, identifica *per relationem* i reati legittimanti la sospensione delle ordinarie regole del trattamento mediante il richiamo alle fattispecie delittuose di cui «al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis*» ord. penit.<sup>5</sup>. Sotto il profilo sistemati-

(2) Cfr., per queste considerazioni, L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 451; G. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, p. 218.

(3) Così M. PAVARINI, *Il trattamento dei detenuti differenziati ai sensi dell'art. 41-bis in relazione al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art. 14-bis della legge 26.7.75 n. 354 modificato dalla legge 7.8.92 n. 356*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 748; B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992 n. 203, e 8 giugno 1992 n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 356*, in P. CORSO, G. INSOLERA, L. STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, vol. II, Torino, 1995, p. 797.

(4) Così S. ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis o. p.*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 353.

(5) Parte della dottrina ritiene che il rinvio all'art. 4-*bis* ord. penit., operato dal secondo comma dell'art. 41-*bis* ord. penit., dimostri la volontà del legislatore di affrontare il problema della criminalità organizzata mediante la sinergia che deriva dall'impiego congiunto degli istituti disciplinati dai due citati articoli ove il primo preclude le possibilità di uscita dal carcere mentre il secondo minimizza i contatti con l'esterno. R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 199 e s.; M. F. CORTESI, *L'inasprimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1078. Nondimeno, anteriormente alla riforma del 2009, in ottica *de iure condendo*, la Direzione Nazionale Antimafia aveva avanzato la proposta di sostituire il riferimento ai reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

co, questo rinvio appare il frutto di un “errore di distrazione” del legislatore il quale sembra non tenere in debito conto il fatto che, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. 23 febbraio 2009 n. 11 convertito in legge 23 aprile 2009 n. 38, le specifiche fasce di reati previste dall'articolo da ultimo citato sono state opportunamente disciplinate da singoli commi, di talché oggi è da ritenersi corretto il rinvio non già al solo «primo periodo del comma 1» bensì all'intero art. 4-*bis* comma 1 ord. penit.<sup>6</sup>.

Quanto al novero dei destinatari<sup>7</sup>, la riforma del 2002 ha condivisibilmente circoscritto l'ambito operativo del regime speciale ai soli delitti di “prima fascia”, considerati di «certa riferibilità al crimine organizzato»<sup>8</sup>, laddove originariamente

---

con il riferimento a quelli previsti dall'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* cod. proc. pen. V., per questa ed altre indicazioni, *Direzione Nazionale Antimafia, Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso*, Dicembre 2008 (periodo 1 luglio 2007 – 30 giugno 2008), p. 300.

(6) In questa direzione v. C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 406, nt. 34; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 200; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.*, cit., p. 449; M. F. CORTESI, *Il nuovo regime di detenzione differenziato ai sensi dell'art. 41-*bis* L. N. 354/1975*, in F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materi di sicurezza pubblica), aggiornato dalle novità introdotte dalla “Legge finanziaria 2010”, dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo “mille occhi sulle città” dell'11 febbraio 2010*, Milano, 2010, p. 896.

(7) Posto il rinvio all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., il regime differenziato risulta quindi applicabile nei confronti dei detenuti o internati per le seguenti ipotesi criminose: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; associazione mafiosa anche straniera (art. 416-*bis* cod. pen.); delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste; scambio elettorale politico mafioso (art. 416-*ter* cod. pen.); riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 cod. pen.); delitti di induzione, favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione minorile (600-*bis* comma 1 cod. pen.); delitti di pornografia minorile nelle ipotesi di cui all'art. 600-*ter* primo e secondo comma cod. pen.; tratta di persone (art. 601 cod. pen.); acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 cod. pen.); violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* cod. pen.); sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cod. pen.); delitti di cui all'articolo 12 commi 1 e 3 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 e successive modificazioni; associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973 n. 43), associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309).

(8) Testualmente *Senato della Repubblica. X legislatura. Relazione* al disegno di legge recante

l'applicazione dell'istituto poteva avere luogo anche con riferimento a *figurae criminis* di “seconda fascia”<sup>9</sup>. Nondimeno, si può prendere atto di come il costante arricchimento del catalogo di reati giustificativi dovuto alle continue modifiche dell'art. 4-*bis* ord. penit. – spesso qualificate alla stregua di «operazion[i] di *marketing* a basso costo»<sup>10</sup> – produca conseguenze aberranti. Invero, al fine di inasprire ulteriormente il “carcere duro” e mosso da eterne istanze di difesa sociale<sup>11</sup>, il legislatore ha progressivamente inserito nuove “tessere” in un mosaico di *titula iuris* sempre più complesso ed articolato, con la conseguenza che l'attuale fotografia dei delitti-presupposto mostra un coacervo di fattispecie e condotte criminose spesso tra loro eterogenee e difficili da conciliare con la *ratio essendi* della differenziazione trattamentale<sup>12</sup>.

Con specifico riferimento ai detenuti provenienti dalle associazioni di tipo mafioso – i quali, lo abbiamo visto, rappresentano la stragrande maggioranza della popolazione dei soggetti sottoposti alla disciplina *extra ordinem* – si è posto in giurisprudenza il problema di stabilire se il 41-*bis* possa trovare applicazione anche nei confronti dei semplici affiliati, oltre che dei *boss*, giacché, come noto, catalizzando l'attenzione sull’“organigramma” delle consorterie mafiose, seppur con

---

«Conversione in legge del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa», stampato n. 2808, p. 3 reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(9) Ciò in quanto prima del 2009 l'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., al quale (sino al 2002) rinviava l'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., contemplava fattispecie criminose tanto di “prima fascia” (primo periodo) quanto di “seconda fascia” (secondo periodo). Il rischio insito in questa impostazione legislativa era costituito dalla possibilità di applicare il regime differenziato anche all'autore di un omicidio passionale là dove si fosse dimostrata la sussistenza di forme di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica. Per questa considerazione v. S. ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis o. p.*, cit., p. 351, nt. 2.

(10) Così A. BERNASCONI, *Le modifiche dell'ordinamento penitenziario: continuità nell'emergenza*, in M. BARGIS (a cura di), *Il decreto “antiscarcerazioni”*, Torino, 2001, p. 128.

(11) V. sul punto M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, cit., p. 1078 nonché EAD., *Il nuovo regime*, cit., p. 897. L'Autrice intravede negli art. 4-*bis* e 41-*bis* comma 2 ord. penit. «una sorta di elenco aperto, da integrare con cadenza periodica in ragione delle specifiche emergenze avvertite nei singoli momenti storici».

(12) A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 129; F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2015, f. 1, p. 23. Si pensi, ad esempio, all'assiologica differenza che intercorre tra il delitto di associazione mafiosa e quello di violenza sessuale di gruppo: risulta evidente *prima facie* come, allo stato delle cose, il “branco” che commette quest'ultimo reato, sicuramente ignobile, rechi una minaccia all'ordine e alla sicurezza pubblica – cui il 41-*bis* ord. penit. offre tutela – decisamente minore rispetto ad organizzazioni criminali endemiche nel tessuto economico, politico e sociale del nostro Paese.

le dovute differenze, si può constatare come al loro interno vi siano soggetti gerarchicamente sovraordinati agli altri, con poteri maggiori o minori a seconda dello “*status*” assunto nell'ambito della *societas sceleris*<sup>13</sup>.

Orbene, tra i giudici di merito si è lasciato registrare un orientamento teso ad escludere dall'area operativa del regime differenziato i meri esecutori di ordini sprovvisti di alcuna autonomia decisionale poiché, in presenza di tali circostanze, verrebbe meno la situazione di concreto pericolo rappresentata dalla possibilità di trasmettere all'esterno direttive ed istruzioni<sup>14</sup>. Tuttavia, secondo quanto affermato dalla Corte di cassazione, costituisce un'erronea applicazione dell'art. 41-*bis* ord. penit. il ritenere che l'istituto ivi disciplinato «non si attagli *tout-court* a soggetti che non si trovino in posizione apicale e comunque a chi non sia stata contestata [...] l'aggravante di cui al [secondo] capoverso dell'art. 416 *bis* c.p.»<sup>15</sup>, rilevando, per contro, soltanto la capacità di favorire l'organizzazione veicolando messaggi all'esterno, indipendentemente dal ruolo rivestito, sia esso di capo ovvero di semplice affiliato<sup>16</sup>.

In effetti, a ben vedere, un'esegesi letterale non consente di elidere *a priori* tali ultimi soggetti dal campo di operatività del “carcere duro” atteso che l'art. 41-*bis* ord. penit., rinviando all'intero art. 416-*bis* cod. pen. e non al solo secondo comma<sup>17</sup>, enuclea il presupposto formale di adozione del regime speciale sulla

---

(13) Le tre associazioni mafiose più rilevanti del nostro Paese presentano un“organigramma” tra loro differente: sulla gerarchicità di Cosa nostra v. per tutti G. FALCONE, *Cose di cosa nostra*, Milano, 2012, p. 114 e s; per la struttura organizzativa della 'Ndrangheta v. F. GIANDINOTO, *Evoluzione della 'ndrangheta: un percorso storico-sociologico*, in *Rass. penit. crim.*, 2008, f. 2, p. 72 e seg.; sull'assetto “pulviscolare” della Camorra v. *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, Relazione sulla Camorra (approvata dalla Commissione il 21 dicembre 1993)*, p. 11 e ss, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(14) Cfr. Trib. Sorv. Torino, 14 maggio 2008, A.R., in *Corr. merito*, 2008, f. 8-9, p. 945 il quale ha censurato il provvedimento ministeriale ravvisando la sussistenza del cd. eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei presupposti applicativi del “carcere duro”. Sul punto, in dottrina, v. F. FIORENTIN, *Regime del “41 bis” non applicabile ai semplici affiliati*, in *Corr. merito*, 2008, f. 8-9, p. 947 ss.

(15) In questi termini Cass., Sez. I, 25 maggio 2011, n. 25898, P.N.A. in proc. Dessì, *inedita*.

(16) Cfr. Cass., Sez. I, 17 febbraio 2011, n. 11023, P.M. in proc. Badagliacca, *inedita*; Cass., Sez. I, 14 maggio 2015, n. 19222, P.N.A. in proc. Cosentino, *inedita*. Da ultimo Cass., Sez. I, 10 dicembre 2015, n. 17024, P.N.A. in proc. Gioffrè, *inedita*.

(17) L'art. 416-*bis* cod. pen. al primo comma stabilisce che chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da sette a dodici anni; al secondo comma invece punisce con la reclusione da nove a quattordici anni coloro che promuovono, dirigono od organizzano l'associazione.

mera partecipazione al sodalizio, con ciò escludendo ogni aprioristico automatismo in ordine allo scernimento dei destinatari del provvedimento. Ciononostante, in considerazione delle finalità dell'istituto, pare doveroso per l'autorità amministrativa circoscrivere l'applicazione della disciplina *extra ordinem* solo a quei detenuti che, in forza della loro posizione in seno all'organizzazione, siano in grado di mantenere, con l'ambiente esterno al carcere, relazioni idonee a determinare la gestione o la pianificare dell'attività dei componenti il sodalizio rimasti in libertà<sup>18</sup>. In caso contrario, la sottoposizione del soggetto *in vinculis* al regime differenziato travalicherebbe la funzione che le è propria, assumendo un'indebita valenza afflittiva. Per questa ragione, il ricorso al 41-*bis* deve considerarsi l'*extrema ratio* e, là dove le circostanze di fatto lo consentano, l'amministrazione è tenuta ad optare per uno strumento meno "invasivo" quale, ad esempio, la "classificazione" ad un circuito a sicurezza rinforzata.

### 3. Segue. *L'inscindibilità del cumulo: una soluzione pragmatica (e problematica)*

L'individuazione *per relationem* dei destinatari del provvedimento sospensivo, operata mediante il rinvio alle ipotesi delittuose di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., ha dato luogo al problema, di particolare veemenza pratica, relativo alla cd. scindibilità del cumulo di pena nel caso in cui il soggetto *in vinculis* sia detenuto per una pluralità di reati dei quali soltanto alcuni legittimano l'applicazione del "carcere duro". In altri termini, il *punctum dolens* riguarda la possibilità di frazionare la sanzione espianda al fine di "isolare" quella parte di pena idealmente riferibile ai delitti ostativi e di circoscrivere ad essa l'operatività della disciplina *extra ordinem*<sup>19</sup>.

---

(18) Per queste considerazioni cfr. P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 137; F. FIORENTIN, *Regime del "41 bis"*, cit., p. 951; S. ARDITA, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, p. 251 il quale evidenzia come la compagine mafiosa possa essere paragonata, quanto ad organizzazione, al moderno aziendalismo d'affari dal momento che vi è un vertice (criminale in questo caso) che tratta gli aspetti strategici della consorterìa, gli aspetti che riguardano il contrasto agli avversari, gli aspetti di gestione economica. Ecco, «il regime detentivo speciale si propone di isolare il vertice decisionale dalle strutture operative per disarticolare la dimensione organizzativa della mafia».

(19) Si pensi ad un soggetto, Tizio, condannato a 8 anni di reclusione per associazione mafiosa e

Analoga questione, in passato, si era presentata anche in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative, ove si erano fatti registrare due opposti orientamenti giurisprudenziali, l'uno favorevole alla scindibilità del cumulo<sup>20</sup>, l'altro contrario<sup>21</sup>. Chiamate a dirimere il contrasto interpretativo, le Sezioni Unite della Cassazione<sup>22</sup> – recependo l'insegnamento della Corte costituzionale che, con una sentenza interpretativa di rigetto, aveva avuto modo di precisare come dal disposto dell'art. 4-*bis* ord. penit. non derivasse uno *status* di detenuto pericoloso e fosse, pertanto, necessaria «la separata considerazione dei titoli di condanna e delle relative pene»<sup>23</sup> – avevano sancito il principio di diritto secondo il quale, ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, il cumulo deve ritenersi scindibile, con la conseguenza che, scontata per intero la sanzione riferita ad uno dei reati di cui all'articolo da ultimo citato, l'effetto ostativo ivi previsto viene meno<sup>24</sup>.

Estendendo analogicamente tale impostazione ermeneutica, alcuni tribunali di sorveglianza<sup>25</sup> hanno applicato anche in tema di regime speciale il principio

---

successivamente a 4 anni per maltrattamenti in famiglia: accogliendo la tesi della scindibilità del cumulo, Tizio potrebbe essere sottoposto al regime speciale soltanto per la frazione di pena riferita al primo reato in quanto rientrante nel novero di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit.; sposando l'opposta tesi, invece, il 41-*bis* potrebbe trovare applicazione anche per la parte di pena riferita al secondo reato dal momento che questa «verrebbe integralmente “contaminata” dalla natura ostativa della precedente condanna». Così M. RUARO, *Liberazione anticipata speciale, reati ostativi e “scioglimento del cumulo”*: la giurisprudenza di merito prende le distanze dalle aperture della suprema corte, in *Dir. pen. cont.*, 23 aprile 2015, p. 3.

(20) A titolo indicativo v. Cass., Sez. I, 19 aprile 1997, Manzi, in *Cass. pen.*, 1998, p. 646; Cass., Sez. I, 26 marzo 1999, Parisi, in *CED Cass.*, n. 213354; Cass., Sez. I, 25 gennaio 1999, Ruga, in *Cass. pen.*, 2000, p. 101. Peraltro, in virtù del principio del *favor rei*, detta giurisprudenza ha ritenuto che la frazione pena riferibile al reato ostativo sia da considerarsi espiata per prima.

(21) Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 27 maggio 1992, Indolfi, in *Riv. Pen.*, 1993, p. 646; Cass., Sez. I, 23 marzo 1992, D'Alessandro, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1545; Cass., Sez. I, 18 giugno 1993, S., in *CED Cass.*, n. 194624; Cass., Sez. I, 23 marzo 1994, M., in *CED Cass.*, n. 198823; Cass., Sez. I, 16 febbraio 1995, P., in *CED Cass.*, n. 200589; Cass., Sez. I, 12 novembre 1996, L., in *CED Cass.*, n. 205998.

(22) Cass., Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 14, Ronga, in *Cass. pen.*, 2000, p. 570.

(23) Così Corte cost., sent. 27 luglio 1994, n. 361, in *www.giurcost.org*.

(24) È bene osservare che il principio della scindibilità del cumulo, elaborato dalle Sezioni Unite e ripreso dalla successiva giurisprudenza (v., per tutte, Cass., Sez. I, 17 gennaio 2012, n. 5158, Marino, in *CED Cass.*, n. 251860), ai fini della concessione dei benefici penitenziari, non è mai stato recepito formalmente dal legislatore nonostante le ripetute interpolazioni all'art. 4-*bis* ord. penit. Per questa osservazione v. M. RUARO, *op. cit.*, p. 3.

(25) Cfr. Trib. sorv. Perugia, 17 giugno 2003, n. 949, De Martino, *inedita*; Trib. sorv. Perugia, 18 giugno 2003, n. 977, Tagliavia, *inedita*; Trib. sorv. Napoli, 6 aprile 2004, Marziano, in *Giur. merito*, 2004, p. 1800.

elaborato in rapporto all'art. 4-*bis* ord. penit.: donde la censura, per carenza di presupposto, di molti provvedimenti ministeriali che invece avevano procrastinato la sospensione delle ordinarie regole del trattamento anche per quella parte di pena non riferibile ai reati ostativi<sup>26</sup>. Quest'orientamento dei giudici di merito, dichiaratamente ispirato al *favor rei* e al *favor libertatis*, ed avallato in dottrina da una parte degli interpreti<sup>27</sup>, è stato ritenuto “colpevole” di porre il 41-*bis* in stretta correlazione con l'espiazione della sanzione ascrivibile al delitto-presupposto, omettendo perciò qualsiasi riferimento alle finalità cui l'istituto adempie<sup>28</sup>. Inoltre, l'applicazione analogica della giurisprudenza delle Sezioni Unite è stata definita erronea in quanto fondata su una fallace concezione funzionale e strutturale delle norme che regolano la concessione dei benefici penitenziari rispetto a quelle che disciplinano il “carcere duro”: da un lato, l'art. 4-*bis* ord. penit. sarebbe, infatti, da ascrivere ad una impostazione “retribuzionistica”, motivata dalla commissione di reati di grave allarme sociale, mentre, dall'altro, il regime speciale *ex art.* 41-*bis* ord. penit. sarebbe improntato ad una logica “funzionalista” e dovrebbe quindi essere configurato quale misura di prevenzione, avendo riguardo soltanto alle esigenze che mira a tutelare<sup>29</sup> e che non possono dirsi superate per il solo fatto di aver scontato la

---

(26) La prassi amministrativa era infatti quella di considerare inscindibile il cumulo di pena in forza del principio di unicità della pena di cui all'art. 76 cod pen. Questa circostanza viene evidenziata da M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 898; L. BLASI, *Il 41bis e il carcere duro per i mafiosi. Sicurezza e garanzie, nodi da sciogliere*, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 16, p. 58; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 450.

(27) Cfr. L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 422; L. BLASI, *op. cit.*, p. 58.

(28) In questa direzione S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, p. 203.

(29) Secondo S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 205 la prevenzione dei delitti resterebbe l'«unica ratio» del regime detentivo speciale. Lo stesso Autore, mostrando una decisa repulsione verso la tendenza a rinvenire nel regime speciale una sorta di “appendice retributiva”, propone una chiave di lettura dell'art. 41-*bis* ord. penit. che tende a classificare il provvedimento sospensivo nell'ambito del *genus* delle misure di prevenzione. V. in questo senso S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 737 e ss. Questa impostazione, secondo altra parte della dottrina, è «da osteggiare con forza, per conservare questa misura, che così pesantemente incide sui diritti della persona, entro l'area del diritto penale». Così A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 133.

pena riferita al delitto-presupposto<sup>30</sup>.

Intervenuta sul punto, la Suprema Corte ha destituito di fondamento le decisioni dei tribunali di sorveglianza, negando – in virtù del principio di unicità della pena di cui all'art. 76 cod pen.<sup>31</sup> – che possa procedersi, *in subiecta materia*, allo scioglimento del cumulo in quanto non si tratterebbe di verificare la permanenza o meno di quello che, in base al citato art. 4-*bis* ord. penit., costituisce solo un ostacolo formale all'applicazione dei benefici penitenziari, ma di verificare invece se, in concreto, il soggetto, condannato anche per un delitto compreso tra quelli di cui all'anzidetta disposizione normativa, sia da considerare pericoloso in quanto in collegamento con un'associazione criminale, terroristica o eversiva<sup>32</sup>. Questa interpretazione, contraria *ictu oculi* rispetto a quella propugnata con riferimento alla disciplina dettata dall'art. 4-*bis* ord. penit., si fonda sull'assunto che il regime speciale è giustificato da specifiche finalità di tutela dell'ordine e della sicurezza e mira a prevenire ed impedire contatti tra detenuti appartenenti alla criminalità organizzata e tra questi e il sodalizio criminale di riferimento<sup>33</sup>.

La legge 15 luglio 2009 n. 94, sulla scia dell'orientamento giurisprudenzia-

---

(30) Per queste osservazioni cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 205; Id., *Problematichette di prevenzione e valutazioni di legittimità nell'applicazione del regime detentivo speciale dell'art. 41-bis dell'ord. pen.*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, f. 3, p. 32; Id., *Lo scioglimento del cumulo e le esigenze di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1897. Nello stesso senso si è espressa la Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata la quale ha tra l'altro evidenziato come «rispetto a tale finalità [di prevenzione] è del tutto incongruo che il detenuto debba spiare, in regime speciale, solo la porzione di pena relativa al delitto di cui all'articolo 4-*bis* [ord. penit.], proprio perché quel regime non ha alcun carattere retributivo». In questi termini v. *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, Relazione al Parlamento sulle questioni emerse in sede di applicazione della nuova normativa in tema di regime carcerario speciale previsto dall'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975 n. 354, modificata dalla legge 23 dicembre 2002, n. 279)*, approvata nella seduta del 8 marzo 2005, doc. XXIII n. 13, p. 15, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(31) A norma dell'art. 76 cod. pen. «le pene di specie diversa concorrenti a norma degli articoli 74 e 75 si considerano egualmente, per ogni effetto giuridico, come pena unica della specie più grave. Nondimeno si considerano come pene distinte, agli effetti della loro esecuzione, dell'applicazione delle misure di sicurezza e in ogni altro caso stabilito dalla legge». Detto articolo prosegue al secondo comma statuendo che «se una pena pecuniaria concorre con un'altra pena di specie diversa, le pene si considerano distinte per qualsiasi effetto giuridico».

(32) Cass., Sez. I, 16 marzo 2004, Tripodi, in *CED Cass.*, n. 227759; Cass., Sez. I, ord. 20 gennaio 2005, Cass., Sez. I, 13 ottobre 2005, Stolder, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1896.

(33) Cfr., per tutte, Cass., Sez. I, 11 luglio 2008, P.G. in proc. Della Ventura, in *CED Cass.*, n. 245047; Mazzitelli, in *CED Cass.*, n. 230752; Cass., Sez. I, 20 ottobre 2005, Pignataro, in *CED Cass.*, n. 233357. Quest'ultima pronuncia esplicita che «lo scopo dell'art. 41 *bis* è quello di verificare se in concreto un soggetto condannato per delitti di mafia sia tuttora pericoloso in quanto in grado di mantenere collegamenti con l'associazione criminale».

le più rigido<sup>34</sup>, ha risolto la *querelle* in via autoritativa, negando la scindibilità del cumulo e disponendo che «in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza 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*» ord. penit.<sup>35</sup>. La soluzione accolta dal legislatore ed ispirata, secondo la dottrina, ad esigenze di prevenzione e di sicurezza<sup>36</sup>, presta il fianco a numerose critiche.

Se è vero che la circostanza di aver interamente scontato la sanzione irrogata per la commissione di un reato-presupposto non implica, per ciò solo, l'obliterazione delle esigenze di prevenzione cui l'istituto ottempera<sup>37</sup>, è altrettanto vero che l'impossibilità di scindere il cumulo di pena finisce per «porre a fondamento del regime differenziato la capacità di mantenere collegamenti anziché il delitto»<sup>38</sup> e ciò, secondo molti interpreti<sup>39</sup>, porta ad attribuire al soggetto *in vinculis* «una sorta di status di “detenuto pericoloso” che [permea] di sé l'intero rapporto esecu-

---

(34) In dottrina è stata posta l'accento sulla significativa scelta del legislatore di optare, tra le due differenti letture affermatesi in giurisprudenza, per quella più rigida e pregiudizievole per il detenuto. In questa direzione cfr. M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 898; EAD., *L'inasprimento*, cit., p. 1079.

(35) Si noti come, mentre i reati giustificativi sono individuati attraverso il rinvio al (primo periodo del) l'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., la disposizione relativa al cumulo di pene, senza operare alcuna delimitazione, parli genericamente di «delitti indicati nell'articolo 4-*bis*» ord. penit. Orbene, la discrasia tra le due statuizioni non sottintende una differenza sostanziale ma, al contrario, è frutto di una “cattiva normazione” in quanto deve ritenersi che il legislatore, nonostante l'utilizzo di due diciture diverse, abbia inteso riferirsi allo stesso catalogo di reati. V. sul punto M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Pen. Agg.*, V, Torino, 2010, p. 767, nt. 57. Secondo M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 210 la materia in esame presenta «evidenti difetti di formulazione della legge» causati da «un legislatore poco aduso al tecnicismo della esecuzione della pena».

(36) In particolare, P. CORVI, *op. cit.*, p. 135. Inoltre A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.*, cit., p. 451 evidenzia come il legislatore si stato spinto ad intervenire anche dal copioso numero di annullamenti di decreti applicativi da parte dei tribunali di sorveglianza. L'Autrice osserva che nel 2003 dei 72 provvedimenti censurati, ben 32 erano “viziati” dall'inscindibilità del cumulo.

(37) Peraltro, lo stesso art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit., ai fini della proroga del regime, prevede 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 stessa».

(38) Così L. CESARIS, sub art. 41-*bis* ord. penit., 2015, cit., p. 453.

(39) Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.*, cit., p. 451; EAD., *Il regime detentivo speciale ex art. 41-*bis* comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso*, cit., p. 132; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 209; M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 899; L. CESARIS, sub art. 41-*bis* ord. penit., 2015, cit., p. 452.

tivo a prescindere dal titolo specifico di condanna»<sup>40</sup> e che, come evidenziato dal Giudice delle leggi, parrebbe porsi in contrasto con il dettato costituzionale<sup>41</sup>. A ciò si aggiunga come, attraverso l'intervento normativo del 2009, «finisca per trovare ulteriore esaltazione la componente afflittiva dello stato di detenzione, a tutto discapito dell'esigenza di assicurare modalità di attuazione della pretesa punitiva che meglio garantiscano il perseguimento della finalità rieducativa della pena»<sup>42</sup>.

Dal punto di vista sistemico, non può farsi a meno di registrare l'«intrinseca contraddizione»<sup>43</sup> tra la disciplina dettata dall'art. 4-*bis* ord. penit. e quella prevista dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. giacché, quand'anche il detenuto, avendo espiato la sanzione idealmente riferibile ai reati-presupposto, potesse ottenere – in forza dell'orientamento delle Sezioni unite<sup>44</sup> che ammette lo scioglimento del cumulo in tema di 4-*bis* – la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative, il potere ablativo del Ministro della giustizia di imporre l'applicazione del “carcere duro” rimarrebbe comunque intatto<sup>45</sup>.

Questa discrasia che si viene a creare tra i due istituti è del tutto irragionevole atteso che «se un soggetto non è da considerarsi pericoloso perché, ai fini dell'art. 4-*bis* [...], ha espiato la parte della pena da imputarsi per il reato ostativo, non si comprende il motivo per cui per il medesimo titolo di reato egli possa, invece, continuare» ad esser sottoposto al regime differenziato<sup>46</sup>. Nondimeno, pare

---

(40) Così Corte cost., sent. 27 luglio 1994, n. 361, *cit.*

(41) La Corte cost., sent. 27 luglio 1994, n. 361, *cit.* ha infatti sottolineato come, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari ex art. 4-*bis* ord. penit., un ipotetico orientamento giurisprudenziale contrario al principio della scindibilità del cumulo configurerebbe, sotto il profilo della irragionevole discriminazione di situazioni tra loro assimilabili, la lesione dell'art. 3 Cost.

(42) Così L. BRESCIANI, *Commento al comma 25 dell'art. 2 legge 15 luglio 2009, n. 94*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario al “pacchetto sicurezza” l. 15 luglio 2009 n. 94*, Torino, 2011, p. 298.

(43) Così M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, *cit.*, p. 1079; EAD., *Il nuovo regime*, *cit.*, p. 899.

(44) V. Cass., Sez. Un., 30 giugno 1999, Ronga, *cit.*

(45) In questi termini C. FIORIO, *op. cit.*, p. 407. Cfr. anche M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, *cit.*, p. 1079; P. CORVI, *op. cit.*, p. 136; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, *cit.*, p. 452.

(46) Così M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, *cit.*, p. 1079 e s. Nella stessa direzione A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, *cit.*, p. 452; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, *cit.*, p. 452. A questa considerazione potrebbe tuttavia obiettarsi la diversa funzione che, secondo altri interpreti, si cela dietro ai due istituti: l'art. 4-*bis* ord. penit. avrebbe riguardo ai principi retributivi che informano il diritto penale sostanziale mentre la sospensione delle regole di trattamento sarebbe da ascrivere unicamente ad una logica preventiva. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, *cit.*, p. 205; ID., *La riforma dell'art. 41-bis*, *cit.*, p. 726; ID.,

assai poco verosimile che, in concreto, costui possa fruire, ad esempio, dei permessi premio in quanto il titolo del reato non è l'unico fattore atto ad incidere sulla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative, rilevando, a tal fine, anche altri requisiti, tra i quali l'assenza di pericolosità sociale (art. 30-*ter*), i risultati positivi colti dall'osservazione della personalità (art. 47), i progressi compiuti nel corso del trattamento (art. 50)<sup>47</sup>. Non è quindi errato affermare che, indipendentemente dal titolo di reato in esecuzione, la sussistenza di elementi tali da giustificare l'applicazione del 41-*bis* esclude, di fatto, l'accesso ai benefici, con la conseguenza che toccherà all'amministrazione penitenziaria ed alla magistratura di sorveglianza elevarsi a “custodi” dell'armonia e della coerenza tra gli istituti in esame. Non bastano, tuttavia, queste considerazioni ad alleviare le perplessità che, sotto il profilo sistemico, sorgono dal fatto di non aver coordinato due norme delle quali l'ordinamento sembra peraltro avvalersi sinergicamente nel contrasto al crimine organizzato<sup>48</sup>.

Inoltre, il divieto di scioglimento del cumulo di pena previsto dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. rischia di dar luogo a situazioni particolari, difficilmente compatibili con il dettato costituzionale, in ragione dell'eventualità di un unico rapporto esecutivo in vece di più esecuzioni autonome<sup>49</sup>. Il “carcere duro” è, infatti, applicabile alla parte di pena concernente il reato non ostativo soltanto se tra questa e quella, al contrario, riferibile al delitto-presupposto non vi sia stata soluzione di continuità poiché, diversamente, la sospensione delle ordinarie regole del trattamento finirebbe per essere illegittima in quanto disposta in assenza di un tito-

---

*Problematiche di prevenzione*, cit., p. 32; Id., *Lo scioglimento del cumulo*, cit., p. 1897. Resta tuttavia più convincente, ad avviso di chi scrive, la tesi che vede un'intrinseca contraddizione tra due istituti che, seppur con modalità ed intensità differenti, hanno nella prevenzione buona parte del loro scopo senonché, nel caso dell'art. 4-*bis* ord. penit., la pericolosità del soggetto *in vinculis* è strettamente correlata al titolo di reato sotteso alla detenzione mentre, nel caso dell'art. 41-*bis* ord. penit., come si vedrà, questo legame scema in favore del maggior pregnanza del presupposto funzionale.

(47) Per queste considerazioni cfr. ampiamente G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 220.

(48) Sull'utilizzo sinergico delle due norme cfr. G. FRIGO, *op. cit.*, p. 414; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 199 e s.; M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, cit., p. 1078.

(49) Questo problema è avvertito con particolare preoccupazione da una parte cospicua della dottrina. M. RUARO, *op. cit.*, p. 3; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso*, cit., p. 131 e s.; EAD., *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 451; M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 209; G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 219; P. CORVI, *op. cit.*, p. 136; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 765.

lo detentivo giustificante l'esercizio del relativo potere ministeriale.

Come si vede, in queste situazioni, l'applicabilità della disciplina *extra ordinem* viene a dipendere da circostanze del tutto casuali ed estrinseche<sup>50</sup>: si pensi all'ipotesi in cui la sentenza di condanna per un reato comune divenga definitiva e assuma quindi “forza esecutiva” solamente il giorno dopo la scarcerazione per avvenuta espiazione della pena relativa ad un delitto di cui all'art 4-*bis* ord. penit; oppure, al caso ancora più estremo in cui la suddetta definitività sia intervenuta prima del “fine pena” ma il P.M., nell'ambito del suo potere-dovere di promuovere l'esecuzione delle sentenze del giudice penale<sup>51</sup>, emetta il provvedimento di cumulo ex art. 663 cod. proc. pen. soltanto a scarcerazione già avvenuta. Ne deriva che, in queste ipotesi, due soggetti, imputati o condannati per i medesimi reati ed ugualmente pericolosi, potrebbero subire un trattamento differente – venendo l'uno sottoposto al regime speciale e l'altro no – a causa di fattori contingenti che nulla hanno a che vedere con le esigenze di prevenzione e che, pertanto, risultano estranei al parametro della ragionevolezza<sup>52</sup>. Quest'aporia, che l'impostazione normativa delineata dalla riforma del 2009 produce, pare, in definitiva, difficilmente compatibile con gli artt. 3 e 27 Cost.<sup>53</sup>.

Il principio di inscindibilità del cumulo opera, per espressa previsione del legislatore, anche in caso di concorrenza tra più titoli di custodia cautelare giacché, secondo quanto statuito dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., la sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario può essere disposta anche

(50) V., in questi termini, M. RUARO, *op. cit.*, p. 3.

(51) Ai sensi dell'art. 78 comma 1 del r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 «il pubblico ministero promuove l'esecuzione delle sentenze e degli altri provvedimenti del giudice penale, secondo le disposizioni del codice di procedura penale e delle leggi a queste complementari». Il promuovere l'esecuzione dei provvedimenti giudiziari costituisce un dovere per il P.M.: sarebbe infatti illogico che l'ordinamento prevedesse l'obbligatorietà dell'azione penale e non facesse altrettanto con l'esecuzione delle sentenze. In questa direzione cfr., per tutti, M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. II, Torino, 2013, p. 375, nt. 18. In giurisprudenza v., per tutte, Cass., Sez. I, 29 novembre 2011, n. 47319, Cafarelli, in *CED Cass.*, n. 251417.

(52) Secondo Mag. sorv. Alessandria, 10 febbraio 2015, S., in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 10 febbraio 2015, questa “eventualità casuale” rappresenta «una vera aberrazione giuridica» che si risolve in un mero dato ipotetico ed “asistemico”.

(53) Per la presunta incostituzionalità della norma in esame cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso*, cit., p. 131; EAD., *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 451; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 764; M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 898 e s.; EAD., *L'inasprimento*, cit., p. 1079.

quando «sia stata espiata la parte [...] di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-*bis*» ord. penit. In queste situazioni occorre intendersi bene sul concetto di «espiazione» posto che una cattiva interpretazione della norma ora citata finirebbe per estendere in maniera irragionevole il perimetro applicativo del “carcere duro” al di là dei limiti entro i quali la sua adozione è “tollerabile”.

In tal senso, com'è stato condivisibilmente evidenziato in dottrina<sup>54</sup>, se la misura cautelare può ritenersi «espiata» allorquando sia decorso il relativo termine massimo di durata, non altrettanto può dirsi nel caso di revoca per mancanza, originaria o sopravvenuta, del *fumus commissi delicti* ovvero del *periculum in mora* o *in libertate*<sup>55</sup>. Infatti, mentre nella prima ipotesi la perdita di efficacia del titolo di custodia riferito ad un reato giustificativo – alla medesima stregua di quanto avviene per la pena – è da considerarsi “neutra” rispetto alla capacità del detenuto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata<sup>56</sup>, nella seconda verrebbero meno le esigenze di prevenzione cui il regime speciale ottempera, con la conseguenza che l'eventuale applicazione del medesimo, in assenza dei suddetti presupposti, sarebbe da ritenere assolutamente ingiustificata e, perciò, illegittima<sup>57</sup>. Peraltro, a quest'ultima conclusione deve pervenirsi anche nell'eventualità in cui, relativamente alle *figurae criminis* di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., l'imputato fruisca dell'archiviazione, di una sentenza di non luogo a procedere o di una sentenza di proscioglimento.

Malgrado le pressanti riserve che la disciplina in esame non manca di suscitare, la Suprema Corte ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* ord. penit. – sollevata in relazione agli artt. 3, 25 comma 2 e 27 Cost. – nella parte in cui prevede che, in caso di unificazione

---

(54) V. sul punto M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 765.

(55) Entrambe le locuzioni alludono a due presupposti cumulativi per l'applicazione delle misure cautelari. La prima si riferisce alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza (art. 273 cod. proc. pen.) a carico dell'imputato tali da far ritenere che egli abbia commesso il reato. Con la seconda locuzione si indica, invece, l'esigenza cautelare (art. 274 cod. proc. pen.) ossia l'esigenza di impedire che l'imputato inquina le prove, che si dia alla fuga oppure che commetta gravi delitti. In mancanza di queste condizioni il giudice procede immediatamente alla revoca della misura cautelare a norma di quanto previsto dall'art. 299 comma 1 cod. proc. pen. Cfr., per tutti, M. SCAPARONE, *op. cit.*, p. 309 e ss.

(56) Cfr., in questi termini, M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 765.

(57) Nello stesso senso M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 766.

di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, il regime detentivo speciale possa essere disposto anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati dall'art 4-*bis* ord. penit. In queste ipotesi, la Cassazione ha, anzitutto, escluso che possa essere ravvisata alcuna ingiustificata posizione di sfavore dei condannati destinatari di cumulo, rispetto a quelli per i quali vi siano plurime e distinte esecuzioni in corso poiché, avendo riguardo, da un lato, alla *ratio* dell'istituto e, dall'altro, al principio di unicità della pena, il soggetto deve considerarsi detenuto anche per tali reati<sup>58</sup>.

In secondo luogo, ha respinto il presunto *vulnus* all'art. 25 comma 2 Cost. atteso che, a parere della stessa, il regime speciale non si è trasformato in una “pena differenziata”<sup>59</sup> e non ha natura sanzionatorio-retributiva, ma assolve esclusivamente la diversa funzione di prevenzione dei reati di matrice associativa, in relazione alla pericolosità sociale del detenuto<sup>60</sup>. Il principio di irretroattività della legge penale non può quindi trovare applicazione *in subiecta materia* non essendo riferibile a provvedimenti che non incidono (e non possono incidere) sulla qualità e quantità della pena, ma soltanto sulle modalità della detenzione, nell'ambito delle regole e degli istituti che già appartengono alla competenza dell'amministrazione penitenziaria<sup>61</sup>.

---

(58) Cfr. Cass., Sez. V, sent. 15 ottobre 2009, n. 44007, Della Ventura, in *CED Cass.*, n. 245097; Cass., Sez. I, 18 settembre 2009, G., in *CED Cass.*, n. 245047; nonché Cass., sez. I, 6 febbraio 2015, n. 18790, C., in *CED Cass.*, n. 263508.

(59) Per questa conclusione v. Cass., Sez. I, 29 aprile 2014, n. 52054, Polverino, in *CED Cass.*, n. 261809. *Contra*, in dottrina, T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 18 il quale parla di «pena autonomia».

(60) Cass., Sez. I, 5 dicembre 2011, n. 985, Tamarisco, *inedita*.

(61) Cass., sez. I, 6 febbraio 2015, n. 18790, C., *cit.* Sulla base delle medesime argomentazioni, la giurisprudenza di legittimità ha escluso che la sottoposizione dell'estradatao al “carcere duro” possa violare il principio di specialità previsto dall'art. 14 della Convenzione europea di estradizione firmata a Parigi il 13 dicembre 1957 nonché dall'art. 721 cod. proc. pen. In questi casi, infatti, non è in questione né l'esecuzione di una condanna per fatto anteriore alla consegna, diverso da quello che ha dato luogo all'extradizione, né l'applicazione di una sanzione penale difforme da quella a cui poteva essere assoggettato l'estradatao nel paese richiedente, poiché, al contrario, «si discute soltanto delle modalità di esecuzione della pena da scontare per il reato in relazione al quale l'extradizione è stata chiesta e concessa». Così Cass., Sez. I, 8 luglio 2004, n. 31659, Cava, *inedita*. Si tratta, quindi, di disporre «solamente un particolare regime carcerario, le cui caratteristiche non sono state ritenute inumane dalla Corte costituzionale e che per larga parte rientrano nella discrezionalità delle amministrazioni penitenziarie di ogni paese». In questi termini Cass., Sez. I, 6 aprile 2006, n. 16015, Fabbrocino, *inedita*. Peraltro, in altre pronunce, la Cassazione ha negato la violazione del principio di specialità applicando analogicamente in tema di 41-*bis* l'orientamento delle

Infine, la Corte ha evidenziato come la disciplina *extra ordinem*, nell'adempiere a finalità di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica in relazione all'esigenza di evitare la *perpetuatio delicti* da parte di soggetti in carcere, espliciti «una concorrente funzione rieducativa, comportando il contrasto e la rescissione dei “collegamenti” del detenuto con il contesto organizzato di appartenenza per effetto del suo isolamento da tali ambienti»<sup>62</sup>.

Nonostante “l'assoluzione” decretata dalla giurisprudenza di legittimità, gli Stati generali dell'esecuzione penale hanno condivisibilmente proposto di eliminare il divieto di scioglimento del cumulo poiché, al pari di quanto s'è detto sopra, esso determinerebbe «una ingiustificata disparità di trattamento tra detenuti, collegata alla commissione di reati comuni e non invece sintomatici di una particolare pericolosità sociale»<sup>63</sup>.

#### **4. Il presupposto sostanziale: il “metodo mafioso” e il fine di agevolare l'associazione**

Indipendentemente dalla natura del titolo di reato, l'applicazione del regime speciale può essere disposta anche nei confronti di coloro i quali si trovino in stato di detenzione o di internamento «per un delitto<sup>64</sup> [...] commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso». Con questa statuizione normativa – lessicalmente non impeccabile<sup>65</sup> – il legislatore del 2009

---

Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2007, n. 10821, Gallo, in *CED Cass.*, n. 238657) che, con riferimento alla materia di misure di prevenzione, esclude l'applicabilità di questo principio. In tal senso v. Cass., Sez. I, 29 aprile 2014, n. 52054, Polverino, *cit.*, decisione emessa con riguardo al caso di applicazione del regime detentivo speciale nei confronti di persona consegnata dall'autorità estera in esecuzione di mandato di arresto europeo, nel quale era stato omissso ogni riferimento alla disciplina di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. In punto di “carcere duro” ed estradizione v. anche Cass., Sez. I, 14 maggio 2015, n. 19223, Paviglianiti, *inedita*.

(62) Così Cass., sez. I, 6 febbraio 2015, n. 18790, C., *cit.*

(63) Così *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, p. 17, reperibile al sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

(64) La formula utilizzata dall'art. 41-*bis* ord. penit., parlando unicamente di “delitto” commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, esclude, in queste medesime situazioni, l'applicabilità del regime detentivo speciale alle contravvenzioni.

(65) Infatti, il sintagma «condizioni» non è accompagnato da alcuna specificazione. Benché il riferimento sia intuitivamente al cd. metodo mafioso, ad avviso di chi scrive sarebbe stato lessicalmente più corretto esplicitare che si tratta delle «condizioni previste dall'articolo 416-*bis* cod. pen.».

ha “codificato” nei termini di cui sopra un requisito di carattere sostanziale, alternativo ed autonomo rispetto al criterio di tipo formale analizzato nei paragrafi precedenti, con l'intento di risolvere con il crisma della legge la *querelle* interpretativa sorta nel periodo *ante* riforma.

La questione traeva origine dal fatto che all'interno del disposto di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., accanto ad un'elencazione tassativa di previsioni di reato, spiccasse una locuzione “aperta” – pedissequamente ricalcata su quella contenuta nell'art. 7 del D.L. 13 maggio 1991 n. 152<sup>66</sup> – facente riferimento ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni sancite dall'art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste<sup>67</sup>. Orbene, se era pacifica (e tale è tutt'ora) l'applicabilità o l'inapplicabilità del regime speciale a seconda, rispettivamente, del riconoscimento o del mancato riconoscimento processuale dell'“aggravante mafiosa”<sup>68</sup>, dubbia appariva invece la possibilità di adottare il provvedimento ministeriale in relazione a quei reati commessi, in maniera conclamata, all'interno dell'ambito associativo, rispetto ai quali, nel corso del procedimento penale di cognizione, non fosse stata espressamente contestata la circostanza in argomento.

Sebbene in simili ipotesi la Corte di cassazione reputasse operanti, con riferimento alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative, le preclusioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.<sup>69</sup>, alcuni tribunali di sorveglianza, facen-

---

(66) L'art. 7 del D.L. 152/91 disciplina, al primo comma, una speciale circostanza aggravante in base alla quale «per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà». Al secondo comma si dispone invece che «Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

(67) Così S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 198.

(68) In questo senso, seppur con riferimento al periodo *ante* riforma, v. S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 30 secondo il quale «il vaglio del giudice del dibattimento che esclude i nessi tra il fatto di reato, la finalità di agevolazione e le modalità di commissione mafiosa, costituisce un titolo insuperabile da cui desumere la non ricorrenza dei presupposti per l'applicazione del regime 41-*bis* o.p.».

(69) Cfr., per tutte, Cass., Sez. I, 19 luglio 2001, n. 29379, Mammoliti, in *CED Cass.*, n. 219593 secondo cui «il divieto di concessione di benefici penitenziari in caso di condanna per uno dei reati indicati dall'art. 4 *bis* ord. penit., opera anche quando l'aggravante di cui all'art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. nella l. 12 luglio 1991 n. 203, riferita a fatti commessi avvalendosi delle condi-

do proprio un differente orientamento, ritenevano inapplicabile il “carcere duro” sulla base dell'assunto che la detenzione aveva trovato origine dalla commissione di delitti comuni in relazione ai quali l'aggravante *de qua* non era stata oggetto di contestazione<sup>70</sup>.

Questa impostazione formalistica, decisamente osteggiata dalla Commissione parlamentare antimafia<sup>71</sup>, ha suscitato osservazioni critiche anche tra gli interpreti, là dove si sottolineava come la legge non menzionasse la circostanza di cui all'art. 7 D.L. 152/91, donde la possibilità di applicare il regime speciale facendo riferimento alle caratteristiche sostanziali del reato indipendentemente dall'effettiva contestazione dell'aggravante<sup>72</sup>. Inoltre, non si era mancato evidenziare come l'orientamento dei giudici di merito precludesse l'adozione del provvedimento di sospensione delle regole trattamentali relativamente a quelle ipotesi delittuose punite con la pena dell'ergastolo ovvero a quei reati commessi, in modo conclamato all'interno del mondo mafioso, in epoca antecedente all'entrata in vigore dell'art. 7 D.L. 152/91, finendo con ciò per porre surrettiziamente un *terminus post quem* di applicabilità dell'istituto<sup>73</sup>.

Dal canto suo, la Suprema Corte – in linea con quanto statuito in materia di fruizione dei benefici penitenziari – ha censurato l'impostazione ermeneutica avanzata dalla giurisprudenza dei tribunali di sorveglianza affermando che il catalogo dei reati in relazione ai quali è applicabile il regime differenziato «non va individuato in maniera formale e non postula, pertanto, l'avvenuta contestazione dell'aggravante succitata [...] ma deve essere identificato in modo sostanziale, con riferimento alla natura ed alle finalità dell'illecito nonché al contesto in cui lo stesso

---

zioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. e risultante dalla sentenza di condanna, non sia stata oggetto di formale contestazione, dovendosi avere riguardo alla qualificazione sostanziale dei delitti in contestazione».

(70) Cfr. Trib. sorv. Perugia, 15 aprile 2003, n. 600, Mariano, *inedita*; Trib. sorv. Torino, 13 giugno 2003, n. 3390, Pillera, *inedita*; Trib. sorv. Perugia, 18 giugno 2003, n. 977, Tagliavia, *inedita*.

(71) *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, Relazione al Parlamento*, cit., p. 15 e ss.

(72) Cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 91.

(73) Cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 91 ove si osserva come la mancata contestazione dell'aggravante potesse dipendere anche dalla dimenticanza dell'autorità giudiziaria precedente.

fu commesso»<sup>74</sup>.

A seguito della novella normativa del 2009, questa soluzione esegetica è da ritenersi definitivamente accolta in applicazione del brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* atteso che il legislatore, interpolando l'art. 41-bis comma 2 ord. penit., non ha fatto cenno alcuno all'aggravante dell'art. 7 D.L. 152/91 pur introducendo, come si è visto, una locuzione ad essa molto simile<sup>75</sup>.

La novità – se di novità si può parlare<sup>76</sup> – non è andata esente da critiche. Infatti, a fronte della voce di chi ritiene condivisibile questa scelta<sup>77</sup>, molte sono le perplessità espresse dalla dottrina, soprattutto in ordine all'eccessiva estensione dell'ambito operativo del regime, il quale potrebbe essere applicato non più sulla sola base (formale) di specifici *titula iuris* previamente determinati dalla legge,

---

(74) Così Cass., Sez. I, 23 novembre 2004, n. 374, Bosti, in *CED Cass.*, n. 230539. Nello stesso senso v. Cass., Sez. I, 20 giugno 2014, G., in *CED Cass.*, n. 260692; Cass., Sez. I, 21 novembre 2003, n. 1372, Bruzzise, in *CED Cass.*, n. 226635; Cass., Sez. VII, 28 aprile 2005, n. 34893, Zavettieri, in *CED Cass.*, n. 232055. In quest'ultima pronuncia si precisa che il regime speciale può essere disposto anche con riferimento a quei soggetti condannati alla pena dell'ergastolo per un delitto che, in base a quanto risulta nella sentenza, possa dirsi commesso con metodo mafioso, a nulla rilevando la non applicabilità della relativa aggravante di cui all'art. 7 D.L. 152/91 ai reati punibili con il “carcere a vita”. Peraltro, anche la soluzione adottata dalla giurisprudenza di legittimità non ha mancato di suscitare critiche tra gli interpreti in quanto ritenuta “colpevole” di attribuire «valenza negativa a delitti risalenti nel tempo con il chiaro intento di ampliare la gamma dei destinatari del provvedimento sospensivo». Così L. CESARIS, sub art. 41-bis ord. penit., 2006, cit., p. 423. Inoltre, parte della dottrina auspicava lo scorporo della pena per il reato semplice da quella prevista per l'aggravante sicché il detenuto che avesse espiato la parte di sanzione relativa all'aggravante di cui all'art. 7 D.L. 152/91 poteva uscire dal regime speciale. Cfr., in tal direzione, L. BLASI, *op. cit.*, p. 59.

(75) Sul punto v. L. CESARIS, sub art. 41-bis ord. penit., 2015, cit., p. 454; P. CORVI, *op. cit.*, p. 133; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 200; S. ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis o. p.*, cit., p. 352, nt. 3; F. RESTA, *La nuova disciplina dell'art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2684. In giurisprudenza si è precisato che l'applicabilità del regime differenziato a norma dell'art. 41-bis ord. penit. per qualsiasi delitto commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare le associazioni di tipo mafioso, indipendentemente dal riferimento ai delitti menzionati nell'art. 4-bis comma 1 ord. penit. è consentita con effetto immediato anche con riferimento a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, in forza del principio *tempus regit actum*. In questo senso Cass., Sez. I, 18 settembre 2009, n. 41567, G., in *CED Cass.*, n. 245046.

(76) Secondo A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 450 l'intervento del legislatore del 2009 «pare del tutto ridondante, poiché il riferimento al primo comma dell'art. 4-bis consente di ritenere già richiamati» i delitti commessi con metodo mafioso o per agevolare l'organizzazione. C. FIORIO, *op. cit.*, p. 407 ritiene, peraltro, che si sia persa «un'importante occasione per fare chiarezza in ordine ad una complessa *querelle* interpretativa».

(77) In questo senso G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 218. L'Autore evidenzia come la novella del 2009 consenta di sottoporre al regime speciale anche i detenuti per reati commessi (con metodo mafioso o per agevolare l'organizzazione) prima dell'entrata in vigore del D.L. 152/91 ovvero coloro che non hanno ricevuto la contestazione della suddetta aggravante in quanto imputati di delitti punibili con l'ergastolo.

bensì in forza di elementi di carattere sostanziale da cui emerga come la commissione del delitto a cui la detenzione si riferisce sia avvenuta in contesti di criminalità organizzata, secondo modalità o finalità mafiose<sup>78</sup>. Il che parrebbe il frutto dell'accentuazione, operata dal legislatore, dalla giurisprudenza e da parte della dottrina, del carattere preventivo di un regime speciale sempre più coagulato sulla pericolosità soggettiva del detenuto e sempre meno attento al titolo del reato.

Non può inoltre sottacersi il grave *vulnus* costituzionale che si viene a creare a seguito dell'accoglimento della tesi sostanzialista la quale consente di adottare il provvedimento sospensivo anche in caso di mancata contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 7 D.L. 152/91: «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»<sup>79</sup>. A ben vedere, nella situazione in esame, il regime speciale viene applicato in forza di elementi gnoseologici relativamente ai quali il soggetto *in vinculis*, proprio per non aver ricevuto, nell'ambito del procedimento di cognizione, alcuna contestazione della circostanza aggravante sopra citata, non ha avuto modo di far valere il suo «inviolabile» diritto di difesa. Peraltro, il presidio costituzionale di cui all'art. 24 Cost. difficilmente riuscirebbe a trovare successiva attuazione in sede di emissione del decreto sospensivo o in sede di reclamo in quanto tali procedimenti, lontani dalle garanzie tipiche del “giusto processo”, prevedono – come si dirà con più precisione nel prosieguo del lavoro – che il regime speciale venga applicato sulla base di pareri e informazioni qualificati<sup>80</sup> dei quali, non essendone previsto il deposito, il soggetto *in vinculis* non può venire a conoscenza<sup>81</sup>.

---

(78) In questa direzione M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 895; EAD., *L'inasprimento*, cit., p. 1078; C. FIORIO, *op. cit.*, p. 406 il quale parla di decisa dilatazione dei destinatari del regime differenziato; L. BRESCIANI, *Commento al comma 25*, cit., p. 298.

(79) Così, sinteticamente ma efficacemente, C. FIORIO, *op. cit.*, p. 407.

(80) Invero il provvedimento sospensivo viene emesso dal Ministro della giustizia «sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice precedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze».

(81) Per quest'ultima considerazione v., tra gli altri, C. FIORIO, *op. cit.*, p. 406; F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir pen. proc.*, 2004, p. 357; C. SASSI, *Controllo di legittimità e «nuovo» art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: primi (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *G. it.*, 2005, p. 146.

Inoltre, ad avviso di chi scrive, la scelta del legislatore del 2009 merita particolare dissenso per le ragioni che ci si accinge ad esplicitare e che prendono spunto dalle seguenti premesse. Da un lato, si tenga a mente che, come noto, il nostro ordinamento è informato al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.* in virtù del quale il P.M., di fronte ad una notizia di reato che ritiene fondata, deve necessariamente formulare l'imputazione e provocare su di essa l'esercizio della giurisdizione, contestando all'imputato tutti i fatti penalmente rilevanti che hanno caratterizzato la sua condotta criminosa, ivi comprese quindi le aggravanti<sup>82</sup>. Dall'altro lato, non ci si può esimere dal constatare come le Sezioni Unite della Cassazione abbiano affermato che in caso di reato astrattamente punibile, e concretamente punito, con la pena dell'ergastolo, la circostanza di cui all'art. 7 D.L. 152/91, pur non influenzando nella determinazione della sanzione, va tuttavia contestata e presa in considerazione dal giudice nel suo significato di disvalore del fatto, sì da esplicitare la sua efficacia ai fini diversi dalla dosimetria del "castigo"<sup>83</sup>.

Orbene, sulla base di queste considerazioni è ragionevole presumere che la mancata imputazione dell'"aggravante mafiosa", benché di fronte ad un reato punito con la pena perpetua, sia da attribuire ad una scelta intenzionale del P.M., il quale evidentemente, restando in tal senso inerte, non ha riscontrato elementi sufficienti per agire in modo diverso. L'impostazione data dal legislatore è pertanto criticabile là dove consente all'autorità amministrativa di "rimediare" a quella che, perlomeno in linea teorica, costituisce una scelta consapevole dell'organo costituzionalmente deputato a promuovere l'accertamento dei reati e tenuto, come s'è detto, a contestare la circostanza di cui sopra quand'anche si debba applicare l'ergastolo.

È, per la verità, ipotizzabile che in talune situazioni gli elementi tali da legittimare l'imputazione dell'aggravante *ex art. 7* siano sconosciuti all'organo del-

---

(82) In altre parole il P.M., ai sensi dell'art. 112 Cost., dovrà contestare all'imputato non solo i fatti sussumibili nell'ambito della fattispecie incriminatrice ma anche quelli costituenti circostanze aggravanti.

(83) Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 337, Antonucci, in *CED Cass.*, n. 241578.

l'accusa ed emergano soltanto “a giochi fatti”<sup>84</sup>. In questi casi, si pone allora il problema di stabilire sulla base di quali entità fattuali possa procedersi alla valutazione *post rem iudicatam* in ordine alla metodologia o all'agevolazione mafiosa al fine di consentire l'applicazione del 41-*bis*. La questione è, in altri termini, quella di stabilire se simili caratteristiche del reato debbano desumersi dalla sentenza di condanna a carico dell'interessato ovvero se possano comunque ricavarsi dagli accertamenti svolti in processi connessi, dalle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia o, ancora, dall'autonoma valutazione dei fatti da parte dell'amministrazione. La risposta potrebbe ricavarsi dalla lettura del documento recante «Linee di orientamento sull'applicazione del regime speciale di detenzione *ex art. 41 bis* O.P. alla luce della giurisprudenza costituzionale» elaborato nel 1998 dalla Direzione Nazionale Antimafia ove, tra le fonti informative da cui attingere gli elementi di conoscenza da fornire al Ministro della giustizia, vengono annoverate: a) le indicazioni provenienti dagli atti di indagine del processo, o dei processi, riguardanti il detenuto (dichiarazioni dei collaboratori, esiti delle intercettazioni ambientali e telefoniche, atti di polizia giudiziaria come perquisizioni, sequestri, ecc.); b) gli atti di procedimenti diversi da quelli nei quali il detenuto è direttamente coinvolto, ma che comunque forniscono utili notizie circa il suo ruolo; c) le informazioni provenienti da fonte diversa, ad esempio dai colloqui investigativi; d) le valutazioni contenute in sentenze, ordinanze, richieste dell'autorità giudiziaria; e) i provvedimenti relativi alle misure di prevenzione personali e patrimoniali, con particolare riguardo all'accertamento della proprietà, del possesso o della disponibilità di beni e mezzi finanziari di provenienza illecita<sup>85</sup>.

---

(84) Si pensi alla seguente ipotesi: Tizio nel 2013 viene condannato con sentenza definitiva per l'omicidio della moglie, omicidio che, secondo le risultanze processuali, sarebbe indubbiamente stato commesso a causa di una relazione *extra-coniugale* della vittima; nel 2016 tuttavia le dichiarazioni di Caio, collaboratore di giustizia, rivelano che Tizio è stato indotto a compiere il delitto per agevolare l'organizzazione mafiosa locale, stante il rapporto confidenziale della moglie con le autorità investigative.

(85) Per tali indicazioni v. V. MACRÌ, *Art. 41 bis, 2° comma, O.P.*, in *Consiglio superiore della magistratura, Incontro di studio dal titolo: Il regime speciale di cui all'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: confronto sulle questioni aperte*, Roma, 2007, p. 19 e s., reperibile al sito [www.csm.it](http://www.csm.it)

### 5. *Il presupposto funzionale: la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva*

La versione originaria dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. individuava l'unico requisito soggettivo di applicazione del regime speciale nella detenzione «per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'articolo 4-*bis*» ord. penit., non essendo esplicitamente richiesto alcun presupposto di natura funzionale.

Attesa questa impostazione normativa, tra gli interpreti si era sottolineato come la sospensione delle ordinarie regole del trattamento finisse per essere disposta in conseguenza di una particolare pericolosità sociale, desunta *ex lege* dal titolo di reato, in capo a quei soggetti che si trovavano in carcere per uno dei gravi delitti previsti all'articolo da ultimo menzionato<sup>86</sup>. Quindi, si sosteneva che l'adozione del provvedimento ministeriale fosse basata unicamente sulla *figura criminis* oggetto di condanna o di imputazione, prescindendo da elementi specifici ed individualizzati che consentissero di mettere in collegamento le concrete esigenze di sicurezza pubblica ai singoli detenuti<sup>87</sup>.

In effetti, nella prassi, le direzioni degli istituti venivano invitate a fornire l'elenco di tutte le persone *in vinculis* per reati legittimanti l'applicazione del “carcere duro”, segnalando un generico *curriculum* per ciascuno di essi: da tali elenchi venivano poi tratti «– con criteri che non possono che essere definiti misteriosi,

(86) Era stato, infatti, avvertito il rischio di creare una sorta di «tipo normativo d'autore caratterizzato da elevata pericolosità». Così F. GIUNTA, *Art. 1 l. 16.2.1995 n. 36*, in *L. p.*, 1996, p. 47. V. inoltre, nella medesima direzione, T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 186; N. DE RIENZO, *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 114 e s.

(87) Cfr., in tal senso, v. N. DE RIENZO, *op. cit.*, p. 117. L'Autore auspicava l'introduzione di «un criterio di collegamento realistico tra la misura e il suo destinatario» precisando che tale criterio avrebbe potuto rinvenirsi «tenendo conto sia dello scopo perseguito con la misura sospensiva che dei suoi oggettivi presupposti applicativi». Per analoghe considerazioni cfr. F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 55; L. BRESCIANI, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti. L'ombra del «silenzio-diniogo» ministeriale*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 34; P. GIORDANO, *Un punto fermo nell'incerto metodo di legiferare*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 37; T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 189; R. MERANI, *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari: a) la sicurezza accentuata*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 287 e s.; G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 206. Questi ultimi Autori evidenziavano come il riferimento ai titoli di reato per l'applicazione del regime non fosse coerente con il principio di individualizzazione della pena a cui è informato tutto l'ordinamento penitenziario.

ma che hanno tutta l'apparenza della decimazione – i protagonisti della nuova massima sicurezza»<sup>88</sup>.

Questi aspetti problematici non sono sfuggiti alla Corte costituzionale che, con un'importante sentenza interpretativa di rigetto, ha avuto modo di chiarire come il regime speciale sia fondato non già astrattamente sulla fattispecie criminosa oggetto della condanna o dell'imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa<sup>89</sup>. Il Giudice delle leggi ha pertanto escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. sulla base della necessità che, in sede di sospensione delle ordinarie regole trattamentali, l'amministrazione effettui una duplice valutazione concernente, da un lato, il titolo detentivo e, dall'altro, i legami del soggetto *in vinculis* con un'organizzazione criminale operante sul territorio.

Dal canto suo, il legislatore, mosso dalla «logica della chiarificazione»<sup>90</sup>,

---

(88) Così R. MERANI, *op. cit.*, p. 289. L'Autore ha evidenziato altresì (p. 287 e s.) come la norma fosse totalmente sfornita di dati di riferimento che consentissero di mettere in relazione le concrete esigenze di sicurezza pubblica con i singoli soggetti, aprendo, di conseguenza, la porta dell'arbitrio. Invero, i motivi rilevanti ai fini dell'applicazione della norma venivano «individuati soltanto sotto un profilo quantitativo e non qualitativo. In tal senso [risultava] legittimato il richiamo a qualsiasi grave motivo di ordine pubblico anche se non direttamente inferibile alla situazione reale di un singolo detenuto. Certo [era] impensabile che si [arrivasse] ad utilizzare un qualcosa di assolutamente estraneo a situazioni che [potessero] interessare soggetti autori di reato – pensiamo ad una calamità naturale o ad una epidemia che abbia riflessi gravi sulla sicurezza collettiva. Ma non [era] impensabile che uno o più gravi fatti criminali, e più in generale una situazione precaria di ordine e sicurezza pubblica quale certamente possiamo riscontrare in alcune zone del Paese, [potessero] occasionare l'intervento reso possibile dalla norma in esame. E in realtà è quello che è accaduto. La lettura dei decreti ministeriali che si sono succeduti dopo il 20.7.1992, fanno infatti riferimento “all'azione sempre più diffusa, aggressiva e spietata della criminalità organizzata” ed agli eccidi di Capaci e di via D'Amelio. Da qui si fa conseguire, con una serie di *ritenuto e considerato* del tutto generica e stereotipata, una congerie di limitazioni al trattamento [...] che è difficile riconnettere a situazioni di emergenza esterna».

(89) Cfr. Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) in cui si può leggere: «non vi è [...] una categoria di detenuti, individuati *a priori* in base al titolo di reato, sottoposti ad un regime differenziato: ma solo singoli detenuti, condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata, che l'amministrazione ritenga, motivatamente e sotto il controllo dei Tribunali di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni, alle organizzazioni criminali e alle loro attività, e che per questa ragione sottopone – sempre motivatamente e col controllo giurisdizionale – a quelle sole restrizioni che siano concretamente idonee a prevenire tale pericolo, attraverso la soppressione o la riduzione delle opportunità che in tal senso discenderebbero dall'applicazione del normale regime penitenziario».

(90) Testualmente A. DI GIOVANNI, *Il “carcere duro” alla prova dei fatti. Una riforma nel rispetto dei valori costituzionali*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 42, p. 71; EAD., *Ordinamento penitenziario, la riforma non è solo 41bis. Numerose le novità introdotte dalla legge 279/02*, in *Dir. e giust.*,

ha recepito e “codificato” il principio espresso dalla Consulta, affiancando al requisito “statico” rappresentato dalla detenzione per un reato giustificativo ovvero per un delitto commesso con metodo mafioso o finalizzato ad agevolare la *societas sceleris*, un presupposto “dinamico”, di carattere funzionale, il quale, da un lato, esclude che il provvedimento ministeriale possa fondarsi sul “tipo d'autore” e dipendere da intollerabili automatismi<sup>91</sup> e, dall'altro, ne subordina l'adozione all'accertamento in concreto della pericolosità del singolo detenuto<sup>92</sup>.

A tal proposito, in caso di prima applicazione del regime *de quo* – dell'ipotesi della proroga si parlerà ampiamente nel prosieguo del lavoro – si richiede che «vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva»<sup>93</sup>. Va, tuttavia, osservato come parte della dottrina, traslando, *in subiecta materia*, il requisito funzionale previsto per la reiterazione del provvedimento, ritenga che il presupposto di cui trattasi vada indi-

---

2003, f. 1, p. 9.

(91) V. in questa direzione L. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 34. In senso analogo A. LAUDATI, *Una storia infinita: il 41bis non merita censure di incostituzionalità*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 18, p. 95; S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 9. A seguito della riforma del 2002, quindi, appare più sfumato quello che, nel testo originario del comma 2 dell'art. 41-bis ord. penit., appariva un secco automatismo: l'introduzione dell'accertamento di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva rappresenta «una incrinatura alla biunivocità tra gravità del reato e afflittività della detenzione». Così A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 294 e s.

(92) D. PETRINI, *Il regime di “carcere duro” diventa definitivo*, in *L. p.*, 2003, p. 242. Ferma restando, quindi, la necessità di valutare caso per caso la posizione del singolo detenuto, al fine di determinare se con riferimento a costui sussistano o meno le esigenze di prevenzione che legittimano l'applicazione del 41-bis, la Direzione Nazionale Antimafia, nel citato documento recante «Linee di orientamento sull'applicazione del regime speciale di detenzione ex art. 41 bis O.P. alla luce della giurisprudenza costituzionale», ha individuato le seguenti categorie di soggetti da privilegiare nelle proposte di sottoposizione al regime differenziato: a) capi, organizzatori, promotori, dirigenti delle organizzazioni di cui all'art. 416-bis cod. pen. e 74 D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309; b) mandanti, organizzatori, finanziatori, dei reati di omicidio, strage, ecc., eseguiti avvalendosi del vincolo associativo; c) organizzatori dei reati di estorsione aggravata e di sequestro di persona a scopo di estorsione; d) esecutori dei reati sopra riferiti, quando però tale ruolo risulta esercitato con particolare continuità e professionalità; e) elementi di collegamento con settori deviati delle istituzioni, della massoneria, con organizzazioni eversive o terroristiche, con formazioni militari o politiche straniere dedite ad attività di tipo eversivo o terroristico; f) elementi inseriti, con ruoli direttivi o comunque di rilievo, nel circuito del riciclaggio internazionale di profitti illeciti. Per queste indicazioni v. V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 20 e s.

(93) Il presupposto funzionale “codificato” nel 2002 «è stato ripreso dalla prassi amministrativa già adottata sotto il previgente sistema». Così S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 9; ID., *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 3.

viduato non tanto nel “collegamento” bensì nella “capacità di collegamento” da intendersi come «dedizione assoluta e disponibilità incondizionata del detenuto verso l'associazione mafiosa operante all'esterno»<sup>94</sup>. Benché questa interpretazione abbia trovato fortuna in alcune pronunce dei giudici di merito<sup>95</sup>, la giurisprudenza di legittimità si è espressa in direzione opposta, chiarendo che, in sede di prima emissione del decreto, i più rigorosi criteri previsti dal comma 2 dell'art. 41-*bis* ord. penit. impongono «l'effettivo accertamento di elementi tali da far ritenere la sussistenza (ovvero la concreta esistenza di attualità) di collegamenti con un'associazione criminale» e non la «mera capacità (ovvero la potenziale attitudine) del detenuto di mantenere contatti»<sup>96</sup>.

Se è indubbio che l'*onus probandi* ricada sul Ministro della giustizia, occorre da subito osservare come costui, per via del suo ruolo istituzionale e del fatto che la sua attività sia comunemente ispirata ai canoni della rieducazione e del reinserimento sociale<sup>97</sup>, difficilmente possieda la disponibilità di quelle informazioni utili a vagliare l'attuale legame tra il soggetto *in vinculis* e il sodalizio criminale operante all'esterno del carcere. A questo proposito, l'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit. si è fatto carico di regolare una fase istruttoria prodromica alla definizione del quadro “probatorio” relativo ai presupposti per l'applicazione del regime detentivo speciale<sup>98</sup>, delineando un particolare raccordo istituzionale che coinvolge il Guardasigilli e tutti gli organi investigativi e di polizia impegnati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata.

Quanto al grado di prova che deve essere raggiunto, la giurisprudenza di legittimità ritiene che la sussistenza del requisito funzionale non debba essere di-

---

(94) Per queste considerazioni v. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 93. Parla di «capacità di mantenere collegamenti» anche G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 221. *Contra* M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 761.

(95) Cfr. Trib. sorv. Roma, 15 novembre 2005, citata da S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 94.

(96) Così Cass., Sez. I, 7 dicembre 2007, n. 47445, *inedita*.

(97) P. CORVI, *op. cit.*, p. 142; S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 42 e s.; ID., *La funzione di prevenzione antimafia*, cit., p. 148.

(98) S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 11; diffusamente F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, cit., p. 19 il quale evidenzia come quest'attività istruttoria venga attivata, in chiave generale, per vagliare i gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica e, in chiave individuale, per valutare la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

mostrata in termini di certezza, essendo necessario e sufficiente che questa possa ragionevolmente ritenersi probabile sulla scorta dei dati conoscitivi di volta in volta acquisiti<sup>99</sup>. A fronte di questo orientamento della Suprema Corte, tuttavia, parte autorevole della dottrina ritiene auspicabile un'esegesi restrittiva della norma in questione tale che sia necessaria «la prova positiva oggettiva dei collegamenti, per spezzare il nesso tra pericolosità presunta derivante dal titolo di reato e adozione del procedimento»<sup>100</sup>.

Occorre ancora interrogarsi su quali fattori possano dirsi idonei ad escludere l'attualità del vincolo associativo ed in particolare resta da capire se, a tal fine, sia necessaria la collaborazione del soggetto *in vinculis* con le autorità di giustizia oppure se siano sufficienti condotte, per così dire, “meno radicali”. Va preliminarmente osservato come la stessa questione si ponga anche con riferimento al divieto di concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione ai sensi dell'art. 4-*bis* ord. penit. il quale tuttavia, a differenza dell'art. 41-*bis* ord. penit., affronta espressamente il problema, prevedendo, da un lato (comma 1), che in caso di collaborazione “piena” *ex art 58-ter* la recisione dei legami con la criminalità organizzata sia presunta<sup>101</sup> e, dall'altro lato (comma 1-*bis*), che in pre-

---

(99) Cass., Sez. I, 28 settembre 2005, Emmanuello, in *CED Cass*, n. 232684; Cass., Sez. I, 29 ottobre 2004, P.G. in proc. Foriglio, *CED Cass*, n. 230136. Più di recente v. Cass., Sez. I, 7 maggio 2015, Caporrimo, in *CED Cass*, n. 263508. Ai fini dell'accertamento dei collegamenti tra il detenuto e la criminalità organizzata, la Suprema Corte ha ritenuto valutabili a tal fine gli elementi ricavati dalla pendenza di procedimenti per altri delitti di criminalità organizzata, come ricorre nel caso in cui Tizio, già condannato con sentenza irrevocabile per associazione a delinquere di stampo mafioso, sia ora nuovamente sottoposto a procedimento penale per tale reato. La giurisprudenza è quindi orientata nell'escludere la necessità di un grado di prova che vada “al di là di ogni ragionevole dubbio”, diversamente da quanto invece richiesto per formulare un giudizio di responsabilità. In dottrina v. S. ARDITA, *La costituzionalità del 41-bis e l'obbligo di motivazione della proroga*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1562; V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 12.

(100) Così L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 456; G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 221. Critico sul punto è anche G. FRIGO, *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 42 il quale ritiene che il presupposto funzionale in esame sia «ben lungi dall'essere richiesto come oggetto di “prova”, bastando che «vi siano elementi tali da fare ritenere» i collegamenti stessi». L'Autore evidenzia come ciò possa portare a «impalpabili e soggettive valutazioni meramente indiziarie e congetturali, fonte di discriminazioni e [...] possibile strumento di pressione». Pare inoltre corretto ritenere che l'accertamento dei collegamenti con la criminalità organizzata debba essere particolarmente scrupoloso in riferimento a quei soggetti condannati o imputati per reati diversi da quelli associativi. In tal direzione v. L. BLASI, *L'articolo 41-bis comma 2° dell'ordinamento penitenziario: una rilettura alla luce della legge n. 279/02*, in *Rass. penit. crim.*, 2003, f. 1-2, p. 271.

(101) R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 201; P. CORVI, *op. cit.*, p. 51. Secondo quest'ultima Autrice, la presunzione di rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che deriva dall'aver collabo-

senza di collaborazione “attenuata”<sup>102</sup> sia invece necessaria l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con questa forma di delinquenza.

Orbene, la soluzione normativa adottata dall'art. 4-*bis* ord. penit. pare non potersi estendere in materia di regime detentivo speciale per diverse ragioni. Anzi-tutto, l'art. 41-*bis* ord. penit. non opera alcun cenno all'atteggiamento delatorio del soggetto *in vinculis*<sup>103</sup> sicché, adottando un'interpretazione letterale, l'esigenza di una condotta collaborativa verrebbe evidentemente esclusa. Inoltre, la questione dei collegamenti con il crimine organizzato è disciplinata dalle due disposizioni in questione – art. 4-*bis* e art. 41-*bis* ord. penit. – in modo tutt'altro che speculare in quanto il primo articolo, di fronte a determinate fattispecie delittuose, considera presunti i suddetti legami mentre il secondo, pur in presenza degli stessi reati, ne richiede l'accertamento in positivo<sup>104</sup>. Da ultimo, la necessità del “pentimento” è da respingere in virtù di un'interpretazione teleologica dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. dal momento che, se la funzione del “carcere duro” è quella di «impe-dire i collegamenti con l'associazione» (così recita lo stesso articolo)<sup>105</sup>, la sua ap-

---

rato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit., si evince dal fatto che in questo caso, per superare le preclusioni di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., non sia richiesta l'acquisizione di elementi tali da escludere i collegamenti stessi.

(102) Per la distinzione tra collaborazione “piena” e collaborazione “attenuata” v. C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la “collaborazione” come presupposto per i benefici*, in *G. cost.*, 1993, p. 2507.

(103) Sottolinea ciò P. CORVI, *op. cit.*, p. 139.

(104) Ad avviso di chi scrive, anche in tema di collegamenti con la criminalità organizzata, gli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit. mostrano uno scarso coordinamento reciproco in quanto, per come disciplinati, rischiano di dar luogo ad un'assurda situazione tale per cui il medesimo detenuto possa essere considerato, ai fini del divieto di concessione dei benefici penitenziari, in collegamento con l'associazione mafiosa – dal momento che non ha prestato alcuna forma di collaborazione – ma, al tempo stesso, possa non esserlo per ciò riguarda la sospensione delle regole di trattamento in quanto non sono stati acquisiti elementi adeguati in tal senso. Questa conseguenza, pur potendo essere astrattamente giustificabile sul piano giuridico per via della diversa funzione dei due istituti o del diverso grado di restrizione della libertà personale che essi comportano, sul piano ontologico finisce per risolversi nell'assurdo paradosso che vede il medesimo soggetto, al tempo stesso, “collegato e non collegato” con la mafia. La contraddizione diventa ancora più forte se si considera che i legami con la criminalità organizzata, sottesi alle due norme, nonostante esplichino i loro effetti in ambito giuridico, non sono assolutamente fatti giuridici ma sono elementi gnoseologici (che potremmo anche definire pre-giuridici) la cui esistenza o inesistenza non dipende dall'applicazione del diritto ma va ricercata *in rerum natura*.

(105) Peralto la Corte costituzionale stessa ha precisato che il regime speciale è volto «a far fronte a specifiche esigenze di ordine e sicurezza, essenzialmente discendenti dalla necessità di prevenire ed impedire i collegamenti fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà». Così Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, *cit.*

plicazione ad un soggetto che, pur non collaborando, ha reciso i suoi legami con la mafia costituisce un'evidente sviamento dell'istituto da quello che è il suo scopo "dichiarato".

In definitiva pare pertanto doversi condividere la tesi di chi, da un lato, ritiene che la collaborazione "qualificata" con la giustizia sia un fattore di per sé sufficiente ad impedire la sospensione delle regole di trattamento e, dall'altro, nega che all'assenza della condotta *de qua* debba necessariamente essere ricollegata la sussistenza di legami con la criminalità organizzata, richiedendo, al contrario, ai fini dell'applicazione del regime speciale, un *quid pluris* il cui apprezzamento viene rimesso, in prima istanza, all'amministrazione e, in sede di vaglio, alla magistratura di sorveglianza<sup>106</sup>. L'opinione contraria, che vede nella collaborazione «l'unico strumento [a disposizione dell'affiliato] per segnare il distacco dall'organizzazione mafiosa»<sup>107</sup>, si scontra, tra l'altro, con il dato letterale della norma in esame, la quale presuppone un accertamento di carattere positivo che, invece, accogliendo la suddetta tesi, finirebbe surrettiziamente per diventare un accertamento in negativo, fondato sulla "comoda" equazione «assenza di collaborazione uguale pericolosità del detenuto»<sup>108</sup>: la spiacevole conseguenza che ne scaturisce è quindi quella di basare l'adozione del provvedimento sospensivo su un evidente automatismo alla cui repulsione dovrebbe sempre informarsi uno strumento di rigore quale il regime detentivo speciale.

## **6. Il presupposto oggettivo: i gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica quali fenomeni di natura extra-penitenziaria**

A mente del primo periodo dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., il regime

---

(106) Per queste considerazioni cfr. concordemente P. CORVI, *op. cit.*, p. 139; A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 296. Quest'ultimo Autore ritiene pertanto che l'amministrazione e, soprattutto, la magistratura di sorveglianza abbiano «il non semplice compito di conferire spessore ai collegamenti evitando, al tempo stesso, soluzioni di comoda acquiescenza all'equazione "assenza di collaborazione uguale pericolosità del detenuto"». Egli tuttavia nutre perplessità in tal senso in quanto, da un lato, ritiene che in fase istruttoria le notizie sui collegamenti vengano stereotipate e, dall'altro, sostiene che la magistratura di sorveglianza tenda a non discostarsi da tali indicazioni.

(107) Così S. ARDITA, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, cit., p. 254.

(108) L'espressione, citata testualmente, è di A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 296.

detentivo speciale può essere applicato qualora «ricorrono gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica». Questo presupposto di natura oggettiva o “ambientale”<sup>109</sup>, già presente nella versione originaria della disposizione *de qua*, concorre, con gli altri requisiti di carattere soggettivo analizzati nei paragrafi precedenti, a determinare il perimetro operativo del “carcere duro”. Tuttavia, già i primi commentatori della norma, ebbero modo di osservare come la formula impiegata («gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica»), risultando *prima facie* indefinita e «di labile consistenza»<sup>110</sup>, apra le porte a valutazioni che possono presentarsi come estremamente opinabili, specie in mancanza di parametri d'ausilio utili nel vagliare la sussistenza di uno stato di concreta minaccia e allarme sociale<sup>111</sup>.

Ciò su cui non sembrano esservi dubbi è che le situazioni di ordine e sicurezza pubblica menzionate dalla norma alludano a fenomeni estranei all'universo penitenziario<sup>112</sup> e quindi indipendenti dalla buona o cattiva condotta tenuta in istituto dal soggetto *in vinculis*<sup>113</sup>. Infatti, le ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre il secondo comma dell'art. 41-*bis* ord. penit. risiedono nella constatazione che molti dei drammatici fatti di sangue di cui la mafia si è resa responsabile sono stati deliberati anche dai *boss* detenuti, assunti a veri e propri punti di riferi-

(109) Così lo definisce A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 292.

(110) Così T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 185. Nella stessa direzione v. N. DE RIENZO, *op. cit.*, p. 102; F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 47; M. PAVARINI, *Il trattamento dei detenuti differenziati*, cit., p. 748; R. MERANI, *op. cit.*, p. 287. Più recentemente, sempre sulla medesima linea, cfr. R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 201; P. CORVI, *op. cit.*, p. 138.

(111) Cfr. N. DE RIENZO, *op. cit.*, p. 102.

(112) Cfr., tra gli altri, S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 6; ID., *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 4; D. PETRINI, *op. cit.*, p. 241 e s.; N. DE RIENZO, *op. cit.*, p. 102; F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 47; F. P. C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1259; A. MARTINI, *Commento all'art. 19 D.L. 8/6/1992*, in *L. p.*, 1993, p. 212; S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2865; L. BLASI, *L'articolo 41-bis comma 2° dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 266; A. LAUDATI, *op. cit.*, p. 95; L. D'AMBROSIO, *Prorogato il trattamento penitenziario “di rigore”*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 418; più recentemente M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, cit., p. 1077; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 196; P. CORVI, *op. cit.*, p. 138; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 448. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 186 evidenzia come il potere del Ministro dell'interno di formulare la richiesta di sospensione accentui «il significato e la rilevanza che si è inteso attribuire a situazioni di emergenza legate alla gestione dell'ordine pubblico».

(113) Infatti, per le vicende attinenti la sicurezza interna all'istituto, l'ordinamento penitenziario predispone appositi strumenti rinvenibili nel regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-*bis* ord. penit. e nella sospensione delle regole di trattamento di cui al primo comma dell'art. 41-*bis* ord. penit. Cfr. S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 9 e s.; ID., *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 4; P. CORVI, *op. cit.*, p. 119; F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 47; A. LAUDATI, *op. cit.*, p. 96.

mento per i gli affiliati ancora in libertà, spesso in attesa di ricevere ordini dai primi circa la conduzione delle attività illecite, le modalità di reinvestimento degli utili, i rapporti da tenere con le altre organizzazioni<sup>114</sup>. È quindi del tutto evidente come il *vulnus* all'ordine e alla sicurezza pubblica che il regime speciale si incarica di prevenire sia riconducibile alla pericolosità e alla presenza sul territorio di compagini delinquenti che mirano ad avvalersi del ruolo strategico svolto dal detenuto<sup>115</sup>.

Del resto, «è noto che la permanenza in carcere normalmente non recide i legami degli associati, e soprattutto dei capi, con l'associazione mafiosa»<sup>116</sup> poiché «in determinati contesti delinquenti, i periodi di detenzione sono accettati dai sodali come prevedibili eventualità le quali, da un lato, attraverso contatti possibili anche in pendenza di detenzione, non impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo e alla programmazione delle sue attività e, dall'altro, non fanno cessare la disponibilità a riassumere un ruolo attivo non appena venga meno il forzato impedimento»<sup>117</sup>. Dal che ne discende l'esigenza di «garantire la collettività contro il pericolo di *perpetuatio delicti* ad opera di soggetti posti al vertice delle organizzazioni criminali»<sup>118</sup>, capaci, in ragione del potere mantenuto, di pia-

---

(114) S. ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis o. p.*, cit., p. 350 nonché A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso*, cit., p. 118.

(115) S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 10; G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 221. Dal canto suo D. PETRINI, *op. cit.*, p. 241 sottolinea che le situazioni di pericolo cui si rifà la norma sono situate in quei luoghi dove le indicazioni, gli ordini e le direttive dei detenuti ancora in contatto con l'organizzazione non devono assolutamente giungere.

(116) Così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2006, n. 14535, Librato, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3229.

(117) Testualmente Cass., Sez. IV, 7 dicembre 2005, n. 2893, Attolico, in *CED Cass.*, n. 232883. In dottrina v. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso*, cit., p. 123 e ss.; G. TONA, *I reati associativi e di contiguità*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale*, pt. spec., vol. III, Torino, 2008, p. 1116 e ss. ove si afferma che i cd. reati associativi «postulano condotte non necessariamente destinate ad esaurirsi prima o nel corso del processo e richiamano strutture delittuose destinate spesso a sopravvivere a lungo dopo la sanzione» dei loro associati. Si specifica, inoltre, che dati di esperienza riguardanti il contrasto ad organizzazioni criminali di quel tipo hanno messo in evidenza come, «data la particolare natura del vincolo mafioso, non [sia] presumibile una successiva desistenza del reo, anche in assenza di elementi di prova sulla prosecuzione della condotta»: come dire che, in mancanza di un'espressa dissociazione o di eventi ad essa assimilabili, viene postulata una permanenza tendenzialmente inestinguibile della partecipazione del sodale all'associazione di riferimento.

(118) S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 6; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 448.

nificarne o influenzarne l'operato dall'interno del luogo di reclusione qualora nei loro confronti non fosse disposta la sospensione delle ordinarie regole del trattamento.

Il compito di individuare i «gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica» è rimesso al Ministro guardasigilli, il quale è tenuto ad accertare, in concreto, la sussistenza di situazioni di minaccia e allarme sociale<sup>119</sup>. È peraltro evidente come simili valutazioni esulino dalle prerogative tipicamente riconosciute al responsabile del Dicastero della giustizia, postulando la costante osservazione del termometro della pericolosità del crimine organizzato e dunque la conoscenza diretta delle fonti investigative e di polizia che possono riferire sul suo stato di salute e sulle azioni che potrebbero essere condotte<sup>120</sup>. Deve quindi ritenersi fondamentale l'apporto conoscitivo degli organi impegnati nella repressione di questa forma di delinquenza nonché, eventualmente, l'attività propositiva del Ministro dell'interno a cui, tra l'altro, compete, *ex art.* 14 del D.lgs. 30 luglio 1999 n. 300, la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

In definitiva, è quindi agevole cogliere come l'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. ed il regime detentivo ivi disciplinato mirino a salvaguardare la *salus populi* dalla (potenziale) minaccia da parte dei detenuti provenienti dal crimine organizzato e capaci, da dentro il carcere, di mantenere rapporti con il sodalizio operante all'esterno. L'istituto *extra ordinem*, nel perseguire tale obiettivo, non può tuttavia che incidere sull'ondivago rapporto che intercorre tra la necessità di tutelare i diritti del singolo individuo e quella di garantire la sicurezza della collettività: un rapporto che, quantomeno nelle situazioni di emergenza, pare connotato da «un consolidato stato di soggezione della prima esigenza rispetto alla seconda»<sup>121</sup>.

---

(119) R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 201; P. CORVI, *op. cit.*, p. 138; N. DE RIENZO, *op. cit.*, p. 102 e s. osserva come il potere dell'amministrazione si trasformi, senza soluzione di continuità, da «pura valutazione di elementi “esterni” al carcere a intervento concretamente esercitato “all'interno” del carcere».

(120) In questi termini S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 10. Sul punto v. anche A. LAUDATI, *op. cit.*, p. 96.

(121) Così N. DE RIENZO, *op. cit.*, p. 104.

## 7. *I detenuti in attesa di giudizio al 41-bis: la presunzione di non colpevolezza in balia delle esigenze di prevenzione?*

Durante la vigenza dell'originaria versione dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., stante la generica menzione dei «detenuti», si dubitava se il regime detentivo speciale potesse trovare applicazione anche con riferimento agli indagati e agli imputati ovvero se la sua operatività dovesse restare circoscritta ai soggetti condannati in via definitiva. Mentre la dottrina si presentava spaccata sul punto<sup>122</sup>, la giurisprudenza di legittimità si era consolidata sull'interpretazione estensiva<sup>123</sup>, avallata in ciò dalla Corte costituzionale che, chiamata a pronunciarsi in merito alla questione, ebbe a chiarire che «non può invocarsi la presunzione di non colpevolezza per impedire l'applicazione di misure che non hanno e non possono avere natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale, bensì solo di cautela in relazione a pericoli attuali per l'ordine e la sicurezza, collegati in concreto alla detenzione di determinati condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata»<sup>124</sup>. Siffatta linea giurisprudenziale è stata espressamente recepita *per tabulas* dal legislatore il quale, sin dal 1998, ha interpolato l'art. 41-*bis* ord. penit. con espliciti riferimenti alla figura del detenuto in attesa di giudizio<sup>125</sup>, sicché dall'at-

(122) In senso favorevole all'applicabilità del regime speciale nei confronti del detenuto-imputato v. L. D'AMBROSIO, *op. cit.*, p. 419, nt. 8; A. MARTINI, *op. cit.*, p. 210; G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino, 1995, p. 54. Per il riferimento alla sola categoria dei condannati cfr. M. PAVARINI, *Il trattamento dei detenuti differenziati*, cit., p. 749; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, f. 3, p. 145.

(123) Cass., Sez. I, 5 giugno 1995, n. 3410, Ascione, in *Giust. pen.*, 1996, f. III, p. 344: «In tema di ordinamento penitenziario le disposizioni di cui all'art. 41-*bis* l. 26 luglio 1975, n. 354 trovano applicazione, come è dimostrato dall'uso del generico termine "detenuti", non solo nei confronti di condannati, ma anche riguardo a imputati i quali sono anch'essi, d'altra parte, soggetti ad una forma di "trattamento" (art. 1 comma 5 ord. penit.) e destinatari di norme quali, ad esempio, quelle in materia di colloqui, di corrispondenza, di remunerazione, di peculio, di permessi per gravi eventi familiari; e ciò senza considerare che la *ratio legis*, ispiratrice dell'introduzione della norma in esame (art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modificazioni in l. 7 agosto 1992, n. 356), è di tutta evidenza identica tanto per i detenuti-condannati quanto per quelli in carcere per custodia cautelare, giacché sia per gli uni che per gli altri possono porsi le identiche esigenze di ordine carcerario e di sicurezza pubblica». Nella medesima direzione cfr. Cass., Sez. I, 3 giugno 1994, Carollo, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2281; Cass., Sez. I, 27 novembre 1996, n. 6288, P.M., in *Cass. pen.*, 1998, p. 258.

(124) Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, *cit.*

(125) Inequivocabili in tal senso sono la menzione dei titoli di custodia cautelare e delle misure cautelari operata all'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 41-*bis* ord. penit.; il riferimento all'«ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari» effettuato al comma 2-*bis*; lo specifico richiamo alla figura dell'«imputato» fatto alla lett. *b*) del comma 2-*quater*.

tuale formulazione del disposto normativo deve indubbiamente evincersi l'operatività del “carcere duro” anche nei confronti di tali soggetti<sup>126</sup>.

Questa scelta, ispirata ad evidenti esigenze securitarie, ha tuttavia suscitato dubbi di ortodossia costituzionale in ordine al supposto *vulnus* dell'art. 27 comma 2 Cost., specie con riferimento agli indagati, la cui posizione processuale è ancora tutta da definire<sup>127</sup>. Pare quindi decisivo capire fino a che punto le istanze di prevenzione sottese al 41-*bis* possano spingersi, senza travalicare i limiti della presunzione di non colpevolezza costituzionalmente garantita ai detenuti in attesa di giudizio.

Concentrandoci in via esclusiva sulla figura dell'imputato per il delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., occorre rammentare che, al riguardo, l'ordinamento detta, in materia di “carcerazione preventiva”, una disciplina speciale in ragione delle peculiarità che tale fattispecie criminosa presenta. Invero, l'art. 275 comma 3 secondo periodo cod. proc. pen. pone, con riferimento a quest'ultima, una duplice presunzione<sup>128</sup>: la prima, di carattere relativo (*iuris tantum*), attiene alle esigenze

---

(126) Secondo i dati riportati in *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 51, al 31 dicembre 2015 la popolazione dei detenuti sottoposti al regime speciale era così ripartita: definitivi 45,6%; in attesa di primo giudizio 6,7%; appellanti 5%; ricorrenti 5,6%; posizione giuridica mista senza definitivo 8%; posizione giuridica mista con definitivo 28,5%; internati 0,5%. Sommando i soggetti in attesa di primo giudizio, gli appellanti, i ricorrenti e quelli con posizione giuridica mista senza definitivo si può osservare come la percentuale di coloro che, pur non essendo (ancora) stati condannati in con sentenza passata in giudicato, sono detenuti in regime di “carcere duro” è piuttosto alta, pari al 25,3%.

(127) Così L. CESARIS, sub art. 41-*bis* ord. penit., 2015, cit., p.455. Peraltro, C. FIORIO, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione*, in G. CERQUETI, C. FIORIO (a cura di), *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, p. 172, evidenzia come l'applicazione del regime speciale ai detenuti in attesa di giudizio configuri una sorta di “misura cautelare atipica” contrastante con i principi di tassatività e di giurisdizionalità cautelari.

(128) L'art. 275 comma 3 cod. proc. pen., così come modificato dalla legge 16 aprile 2015 n. 47 statuisce: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-*bis* e 416-*bis* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, 600-*quinqies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

cautelari, che il giudice deve considerare sussistenti ogni qual volta non consti la prova della loro mancanza; la seconda, di carattere assoluto (*iuris et de iure*), concerne la scelta della misura ed è fondata su un apprezzamento legale, vincolante e incontrovertibile, di adeguatezza della sola custodia carceraria a fronteggiare le predette esigenze, con conseguente esclusione di ogni soluzione “intermedia” tra questa e lo stato di piena libertà dell'imputato<sup>129</sup>.

In altri termini, tenuto conto della circostanza che «l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice»<sup>130</sup>, si ritiene – secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa – che, in presenza di gravi indizi di colpevolezza relativamente alla commissione del delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen., il *periculum in mora* possa essere affrontato soltanto con la misura più afflittiva, in deroga al principio di residualità della custodia cautelare in carcere, «non essendo le misure “minori” sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità»<sup>131</sup>.

Ragionando in questa direzione, si potrebbe affermare che, con riferimento a quei soggetti particolarmente restii ad affrancarsi dal sodalizio delinquenziale di appartenenza e collocati in posizione di vertice all'interno dello stesso, le evidenti istanze special-preventive sottese all'art. 275 comma 3 cod. proc. pen.<sup>132</sup> possano essere adeguatamente soddisfatte solo, ove ne sussistano i relativi presupposti, con l'applicazione del regime speciale, il quale – come si è ampiamente detto – mira

---

(129) V., per tutti, S. PALADINO, *Reati di mafia e presunzione di necessità della custodia cautelare in carcere. Gli orientamenti della Corte costituzionale a partire dalla sentenza 25-29 marzo 2013, n. 57*, in *federalismi.it*, 25 settembre 2013; V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p.406 e ss.; A. PULVIRENTI, *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione di emergenza alla legislazione di settore*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 335.

(130) Così Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *www.giurcost.org*.

(131) Nuovamente Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, *cit.* Cfr. anche A. PULVIRENTI, *op. cit.*, p. 335.

(132) Sul fatto che tale disciplina sia «evidentemente ricollegabile a non sottaciute istanze di difesa sociale» cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, *cit.*, p. 407.

appunto ad impedire la *perpetuatio delicti* dei detenuti provenienti dal mondo della criminalità organizzata, ponendosi, con ciò, in sintonia con quelli che, grosso modo, sono gli obiettivi della custodia cautelare<sup>133</sup>. Nondimeno, una lettura costituzionalmente orientata della situazione in esame impone che le suddette esigenze di difesa sociale e di prevenzione non possano protrarsi fino a pregiudicare la presunzione di non colpevolezza di cui al secondo comma dell'art. 27 Cost.

Ad avviso di chi scrive, il corretto bilanciamento tra i due interessi contrapposti richiede, in primo luogo, che l'adozione, nei confronti del detenuto-imputato, di un istituto di particolare rigore come il regime speciale venga subordinata ad un elevato grado di certezza relativamente alla sussistenza del *fumus commissi delicti*. In prospettiva *de iure condendo*, questa esigenza potrebbe essere soddisfatta – là dove non sia ancora intervenuta l'eventuale condanna in primo grado – mutuando, dal giudizio immediato custodiale, il principio di “evidenza della prova” ed assoggettando, perciò, l'adozione del decreto sospensivo alla “cristallizzazione”, ad opera del tribunale della libertà, del provvedimento cautelare emesso dal giudice *a quo* ovvero allo spirare del termine perentorio di dieci giorni previsto per proporre impugnazione avverso di esso.

In secondo luogo, il necessario rispetto della presunzione di non colpevolezza impone all'amministrazione di monitorare costantemente gli sviluppi del procedimento di cognizione, ricorrendo, se del caso, alla revoca anticipata del decreto ministeriale qualora, dalle progressive risultanze processuali, la posizione del detenuto risulti ridimensionata.

## **8. *Gli internati al 41-bis: il difficile rapporto tra regime speciale e misure di sicurezza***

Considerato lo specifico riferimento, operato dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., agli internati, il “carcere duro” può essere applicato anche nei confronti di coloro che sono sottoposti ad una misura di sicurezza personale detentiva<sup>134</sup>.

---

(133) Per le affinità tra l'art. 275 comma 3 cod. proc. pen. e l'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. v. S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 10 e s.

(134) Il numero degli internati sottoposti al regime detentivo speciale comprende sempre una percentuale molto bassa rispetto al totale dei soggetti cui è applicata la disciplina *extra ordinem*. Al

Tale disposizione suscita, da sempre, notevoli perplessità tra gli interpreti. In primo luogo, infatti, è difficile comprendere come la pericolosità sociale che qualifica l'internato, assegnato a colonia agricola o a casa di lavoro, oppure ricoverato in una R.E.M.S., possa essere coniugata con i ben differenti parametri dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit.<sup>135</sup>.

In secondo luogo, è stato osservato in dottrina che l'accertamento, da parte del magistrato di sorveglianza<sup>136</sup>, circa la permanenza della suddetta pericolosità finisce inevitabilmente per incidere sulla sussistenza dei presupposti stabiliti *ex lege* per l'applicazione del regime speciale: invero, qualora venga accertato che «è probabile che [il soggetto] commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati»<sup>137</sup>, ben difficilmente – in sede di controllo del decreto ministeriale – si potrà escludere l'attuale capacità del medesimo di mantenere collegamenti con il crimine organizzato<sup>138</sup>.

Infine, s'è dato atto della circostanza per cui l'indeterminatezza in ordine alla durata delle misure di sicurezza, per le quali la legge fissa soltanto un *minimum*, lasciando al magistrato di sorveglianza la decisione sul loro termine<sup>139</sup>, «ren-

---

dicembre 2015 il loro numero era di 4 su 729 vale a dire lo 0,549% delle persone al 41-*bis*. V. *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 50.

(135) A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 293 e s. Il medesimo Autore evidenzia come i problemi di natura disciplinare e la pericolosità penitenziaria posti da tali soggetti possano essere affrontati, rispettivamente, dall'apparato sanzionatorio e dal regime di sorveglianza particolare. In senso critico rispetto alla possibilità di applicare il “carcere duro” anche agli internati v. altresì L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 445; P. CORVI, *op. cit.*, p. 127; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 763; A. DI GIOVANNI, *Il “carcere duro” alla prova dei fatti*, cit., p. 71; EAD., *Ordinamento penitenziario, la riforma non è solo 41bis*, cit., p. 9; F. RESTA, *La nuova disciplina dell'art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2681, nt. 2.

(136) Invero, è il magistrato di sorveglianza che, in forza del combinato disposto degli artt. 69 ord. penit. e 679 cod. proc. pen. «sovrintende all'esecuzione delle misure di sicurezza personali». Inoltre, a mente dell'art. 69 ord. penit. «provvede al riesame della pericolosità ai sensi del primo e secondo comma dell'articolo 208 del codice penale, nonché all'applicazione, esecuzione, trasformazione o revoca, anche anticipata, delle misure di sicurezza». Sulle competenze del magistrato di sorveglianza in materia di misure di sicurezza personali v. ampiamente M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, p. 68 e ss.

(137) È questa la definizione di “pericolosità sociale” che l'art. 203 cod. pen. detta «ai fini della legge penale». Tale articolo precisa inoltre, al secondo comma, che «la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133 [cod. pen.]».

(138) Per questa considerazione v. M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 763.

(139) Dispone l'art. 207 cod. pen. che «le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose».

de di fatto procrastinabile *sine die* la sospensione delle normali regole di trattamento»<sup>140</sup>. Per la verità, sotto quest'ultimo profilo, la situazione è recentemente mutata giacché, ai sensi dell'art. 1 comma 1-*ter* del D.L. 31 marzo 2014 n. 52 così come convertito in legge 30 maggio 2014 n. 81, si prevede che «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima».

Valutati tuttavia i persistenti problemi posti dalla scelta compiuta dal legislatore di estendere il campo operativo del “carcere duro” anche agli internati, non rimane che ipotizzare, quale plausibile *ratio* della disposizione normativa, quella di non precludere *a priori* la possibilità di applicare l'istituto *de quo* anche ad essi, fatta salva la necessità di un apprezzamento corredato, caso per caso, da esaustiva motivazione<sup>141</sup>. Non mancano, infatti, nel nostro ordinamento disposizioni che consentono l'adozione di misure di sicurezza nei confronti di soggetti appartenenti al mondo della criminalità organizzata. Si pensi all'art. 71 D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (cd. codice antimafia) il quale prevede che qualora i reati ivi contemplati – tra i quali compaiono anche il delitto di associazione mafiosa ed altre *figurae criminis* legittimanti la sospensione delle ordinarie regole trattamentali – siano commessi da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale, durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione, «alla pena è aggiunta una misura di sicurezza detentiva». A tale disposizione fa eco l'art. 417 cod. pen. il quale statuisce che nel caso di condanna per i reati di cui agli artt. 416 e 416-*bis* cod. pen.<sup>142</sup>

---

(140) In questi termini v. nuovamente M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 763.

(141) Per questa considerazioni v. testualmente A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 294. In senso adesivo cfr. G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 217, nt. 6; P. CORVI, *op. cit.*, p. 128.

(142) Detta disposizione normativa, richiamando «i delitti preveduti dai due articoli precedenti», sembra apparentemente riferirsi, dopo l'introduzione dell'art. 416-*ter* cod. pen., alle fattispecie criminose previste agli artt. 416-*bis* e, appunto, 416-*ter* cod. pen. In realtà, la *communis opinio* della dottrina ritiene che, nonostante l'interpolazione dell'articolo da ultimo citato, il rinvio operato dall'art. 417 cod. pen. vada tutt'ora riferito alle fattispecie di cui agli artt. 416 e 416-*bis* cod. pen. così come previsto a seguito della legge 23 dicembre 1982 n. 936. Sul punto v. per tutti A. BARAZZETTA, sub art. 417 cod. pen., in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, Milano, 2011, p. 4353 e ss.

«è sempre ordinata una misura di sicurezza»<sup>143</sup>.

### **9. Riflessioni a margine: il tramonto del “titolo di reato” alla luce delle esigenze di prevenzione**

La disamina delle disposizioni concernenti i presupposti applicativi del “carcere duro” ha messo in mostra notevoli problemi di interpretazione ed aporie pratiche di non poco conto che ci lasciano un panorama normativo non certo idilliaco, talvolta stridente con diversi presidi costituzionali e difficilmente armonizzabile, da un punto di vista sistematico, con l'art. 4-*bis* ord. penit. che, del regime detentivo speciale, rappresenta, per così dire, “l'anticamera”. Senza tornare in pieno su questi aspetti, che si spera abbiano trovato adeguata trattazione nelle pagine precedenti, e prima di abbandonare il discorso relativo ai destinatari della disciplina *extra ordinem*, si impongono alcune considerazioni vertenti su quello che potremmo definire come lo svilimento del titolo di reato in luogo della sempre maggior pregnanza delle esigenze di prevenzione.

Invero, il ruolo dei *titula iuris*, a parere di chi scrive, sembra aver perso importanza nel campo dei presupposti applicativi e, di tale conseguenza, sarebbero principalmente responsabili non meno di tre fattori: l'eccessivo numero di reati giustificativi, l'interpretazione sostanzialistica del metodo mafioso e dell'agevolazione dell'organizzazione nonché l'inscindibilità del cumulo di pena. Quanto al primo fattore, si può osservare, innanzitutto, come l'(irrefrenabile) “inflazione quantitativa” dei delitti presupposto – spesso arricchiti con fattispecie criminose che hanno poco a che vedere con una grave minaccia all'ordine ed alla sicurezza pubblica<sup>144</sup> – ne comporti una chiara “deflazione qualitativa”, facendo calare il

---

(143) L'art. 417 cod. pen., al pari di quanto deve ritenersi per l'art. 71 D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, non prevede una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale (istituto espunto dall'ordinamento ad opera della legge 10 ottobre 1986 n. 663) bensì «una presunzione semplice, desunta dalle caratteristiche del sodalizio criminoso e dalla persistenza nel tempo del vincolo malavitoso, che può essere superata quando siano acquisiti elementi idonei ad escludere in concreto la sussistenza della pericolosità». Per converso, operando la citata presunzione *iuris tantum*, non è richiesto l'accertamento in concreto della suddetta pericolosità del soggetto. In questo senso v., per tutte, Cass., Sez. V, 8 luglio 2015, n. 38108, Perri, in *CED Cass.*, n. 265006.

(144) Del resto, la presunzione circa il mantenimento dei legami associativi – su cui, come vedremo, si basa l'istituto – non appare dotata di un valido substrato empirico con riferimento a molte della ipotesi criminose prese in considerazione dall'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. e quindi, di ri-

tasso di pericolosità necessario per l'adozione di una misura di rigore come il regime detentivo speciale. Invero, cambiando prospettiva, potremmo dire che, se l'applicazione del 41-*bis* è legittimata solo da situazioni normativamente identificabili come di grande allarme sociale, la continua interpolazione del novero dei reati giustificativi, da un lato, fa sì che il presupposto formale perda il suo ruolo di indice di pericolosità, finendo per eroderne la capacità di scernimento dei destinatari; dall'altro, deteriora il carattere di specialità di un istituto che per definizione è, e deve rimanere, speciale.

Anche il secondo dei fattori di cui sopra comporta lo svilimento del titolo di reato in quanto, in presenza di un delitto commesso con modalità o finalità mafiose, quel che conta ai fini dell'applicazione del regime speciale non è la *figura criminis* oggetto di imputazione o di condanna, ma è la sussumibilità del fatto concreto all'interno dell'alveo della metodologia o dell'agevolazione mafiosa. In tal caso, quindi, si potrà procedere alla sospensione delle ordinarie regole del trattamento in maniera del tutto indipendente rispetto alla natura formale dell'“addebito”, avendo unicamente riguardo alle caratteristiche sostanziali della condotta delinquenziale ad esso sottesa, così come valutate dall'amministrazione penitenziaria.

La funzione dei *titula iuris* di prestarsi ad indicatori di pericolosità del detenuto è drasticamente obliterata anche dall'ultimo dei fattori summenzionati. Invero, il principio di inscindibilità del cumulo di pena consente l'applicazione della disciplina *extra ordinem* ad un soggetto che ha interamente scontato la sanzione irrogata per il reato ostativo: in tal caso, il “carcere duro” non è più giustificato dalla fattispecie criminosa a cui la pena in espiazione si riferisce ma solo dall'esigenza preventiva generata dalla persistente capacità di collegamento del soggetto *in vinculis* con un'associazione criminale operante sul territorio. In quest'ottica il titolo della detenzione costituisce, per un verso, «solo la “porta” che conduce al-

---

flesso, dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. Infatti, se per i reati riconducibili alla criminalità organizzata o a quella terroristica l'assunto circa la permanenza del vincolo associativo in costanza di detenzione è fondato, non altrettanto può dirsi in rapporto ad altre *figurae criminis*. Per queste considerazioni v. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso*, cit., p. 130.

l'applicazione del regime»<sup>145</sup> e, per l'altro, una variabile irrilevante e del tutto indipendente in ordine alla permanenza dei presupposti per il mantenimento del medesimo<sup>146</sup>.

Come si può quindi notare, ciò che è decisivo ai fini della possibilità di sottoporre il detenuto al 41-*bis* è pressoché unicamente il suo legame con la *societas sceleris* di provenienza, vale a dire la sua potenziale capacità di recare nocuo all'ordine e alla sicurezza pubblica, impartendo ordini o direttive da dentro la cella. D'altronde, le esigenze di prevenzione a cui l'istituto è chiamato ad offrire tutela vengono inevitabilmente ad attribuire un ruolo decisivo non tanto al passato criminale del soggetto quanto, piuttosto, alla sua attuale e costante pericolosità.

Orbene, sarebbe assai erroneo subordinare l'applicazione del “carcere duro” unicamente alla *figura criminis* legittimante la detenzione poiché, come ha affermato al Consulta, «non vi è [...] una categoria di detenuti, individuati *a priori* in base al titolo di reato, sottoposti ad un regime differenziato: ma solo singoli detenuti, condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata, che l'amministrazione ritenga, motivatamente e sotto il controllo de[l] Tribunal[e] di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni, alle organizzazioni criminali e alle loro attività»<sup>147</sup>. Nondimeno, sembra altrettanto da respingere l'opposta tendenza a svincolare il 41-*bis* dalla natura formale dell'addebito, attirando l'istituto nell'area delle misure di prevenzione – come propugnato da una parte della dottrina e dall'amministrazione penitenziaria stessa<sup>148</sup> –, laddove il Giudice delle leggi<sup>149</sup> ha, invece, qualificato il regime speciale come una particolare modalità di esecuzione della pena<sup>150</sup>.

Le istanze di difesa sociale che si intende perseguire non possono infatti legittimare soluzioni problematiche come quelle, sopra analizzate, relative all'in-

---

(145) Così S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis*, cit., p. 740.

(146) S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis*, cit., p. 739.

(147) Testualmente Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, cit.

(148) Cfr. V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 12; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 81 e s. Nei singoli decreti ministeriali si legge che il regime differenziato «costituisce una misura di prevenzione».

(149) Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in *www.giurcost.org*.

(150) Per queste considerazioni A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso*, cit., p. 132.

scindibilità del cumulo o all'impostazione sostanzialistica della metodologia o dell'agevolazione mafiosa, né possono giustificare, specie in ottica sistemica, la pur astratta applicabilità della disciplina *extra ordinem* a detenuti per reati estranei al mondo della (macro) criminalità organizzata, come, ad esempio, il delitto di violenza sessuale di gruppo *ex art. 609-octies* cod. pen.

Per queste ragioni, si ritiene opportuno riadattare il “carcere duro” ai dettami della Corte costituzionale, lasciando all'amministrazione il solo apprezzamento circa l'attuale pericolosità sociale del detenuto e la sussistenza delle situazioni “ambientali” di grave minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica, salva quindi la competenza del giudice di cognizione in ordine alla valutazione ed alla qualificazione giuridica della condotta criminosa posta in essere dal soggetto *in vinculis*. Allo stesso modo, pare condivisibile la già citata proposta avanzata dagli Stati generali dell'esecuzione penale volta ad abrogare il divieto di scioglimento del cumulo in quanto, così facendo, il 41-*bis* verrebbe ad essere ricucito sul titolo di reato, scongiurando i seri dubbi di costituzionalità che l'attuale previsione non manca di suscitare.

Da ultimo, sembra apprezzabile, in punto di coerenza, un'operazione di *re-styling* che, abbandonando l'individuazione *per relationem* dei delitti-presupposto, accolga un catalogo *ad hoc* di *titula iuris* che tengano in debito conto *l'esprit* del regime speciale, circoscrivendone l'applicazione a fattispecie criminose implicanti la partecipazione, o quantomeno la contiguità, del soggetto *in vinculis* ad un'associazione criminale capace di recare serio nocumento all'ordine sociale.

## *Capitolo IV*

### **APPLICAZIONE, PROROGA E REVOCA DEL REGIME DETENTIVO SPECIALE**

#### ***1. L'applicazione del regime detentivo speciale quale prerogativa del Ministro della giustizia***

L'applicazione del regime detentivo speciale, sin dalla sua introduzione, risulta appannaggio del potere esecutivo giacché, a mente dell'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit., il provvedimento di sospensione delle regole del trattamento penitenziario «è adottato con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno»<sup>1</sup>.

Tale statuizione normativa, forte degli insegnamenti della Corte costituzionale consolidatisi nel senso di escludere che l'attribuzione di tale potere ad una branca dell'esecutivo possa rappresentare un *vulnus* al presidio della riserva di giurisdizione sancito all'art. 13 Cost., è passata indenne ai vari interventi di riforma che nei suoi quasi cinque lustri di vita hanno colpito l'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. Invero, la Consulta, già nel 1993, evidenziando che l'amministrazione penitenziaria – di cui il Guardasigilli rappresenta il vertice – «può adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena (*rectius*: della detenzione), che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto

---

(1) Va detto che con decreto dell'allora Ministro di grazia e di giustizia datato 15 settembre 1992 venne conferita al Direttore generale ed al Vice Direttore generale del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria la delega all'applicazione del "carcere duro". Detto decreto è tuttavia caduto nell'oblio nel corso del 1993 sicché oggi la prerogativa in esame resta appannaggio esclusivo del Guardasigilli salva la possibilità – ammessa in giurisprudenza – che il decreto di sospensione delle regole trattamentali sia sottoscritto, in via d'urgenza, da parte del Sottosegretario di Stato, ciò non integrando difetto assoluto di attribuzione (con conseguente nullità del provvedimento), bensì vizio di incompetenza che determina annullabilità dell'atto medesimo, sanabile a seguito di successiva convalida da parte del Ministro. Cfr. in tal senso Cass., Sez. I, 28 maggio 2014, n. 46017, Falso-*ne*, in *CED Cass.*, n. 261268.

al detenuto con la sentenza di condanna», ebbe ad affermare la compatibilità dell'istituto *de quo* con il principio consacrato dalla Carta fondamentale<sup>2</sup>.

La scelta di affidare al responsabile del Dicastero della giustizia l'applicazione del “carcere duro” si spiega con la necessità di armonizzare la gestione logistico-funzionale del regime in relazione alla ricettività delle strutture<sup>3</sup>. Trattandosi cioè di «individuare un organo centrale in grado di regolare il flusso e la consistenza del numero dei detenuti da assegnare al regime speciale, in modo da determinare una quota massima di soggetti rispetto ai quali possa essere attuata la disciplina *extra ordinem*, garantendo che per tutti sussistano criteri oggettivi ed omogenei di pericolosità che ne giustificano l'ammissione», si è ritenuto che soltanto il Guardasigilli possa assolvere a tale funzione, costituendo egli il vertice dell'amministrazione carceraria<sup>4</sup>.

Nondimeno, parte cospicua della dottrina non ha mancato di manifestare critiche a questa impostazione, atteso che in ambito penitenziario il Ministro della giustizia dispiega ordinariamente la sua attività in aderenza ai canoni della rieducazione e del reinserimento sociale dettati dall'art. 27 Cost.<sup>5</sup>, mentre la funzione

(2) V. in tal senso Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(3) Cfr. S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione e valutazioni di legittimità nell'applicazione del regime detentivo speciale dell'art. 41-bis dell'ord. pen.*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, f. 3, p. 42.

(4) In questi termini S. ARDITA, *La funzione di prevenzione antimafia quale presupposto e limite costituzionale dell'istituto del regime detentivo speciale*, in M. BARILLARO (a cura di), *Terrorismo e crimini contro lo stato. Legislazione attuale e azioni di contrasto*, Milano, 2005, p. 147 e s.; ID., *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 42. V. anche ID., *L'attività del ministero della giustizia nella fase di applicazione dell'istituto. Problemi originari e derivati alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale. Ipotesi di modifiche normative allo studio del ministero*, in *Consiglio superiore della magistratura, Incontro di studio dal titolo: Il regime speciale di cui all'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: confronto sulle questioni aperte*, Roma, 2007, reperibile al sito [www.csm.it](http://www.csm.it), p. 3 secondo cui la scelta di affidare l'applicazione del “carcere duro” «muove essenzialmente da ragioni di natura organizzativa. Il regime speciale [...] reca con sé anche la costituzione di un circuito, ed è dunque evidente come tale circuito comporti la necessità di prevedere una dimensione numerica dei soggetti ascrittivi che sia compatibile con le strutture e le risorse esistenti. Del pari si è ritenuto utile concentrare nella competenza di un soggetto unitario il criterio oggettivo di determinazione dei presupposti minimi per l'applicazione del regime speciale. Nell'individuazione della competenza ministeriale, le ragioni connesse alla necessità di garantire omogenee condizioni di accesso si sono dunque legate ad altre ragioni di natura logistica ed organizzativa».

(5) P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 142; S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 42 e s.; ID., *La funzione di prevenzione antimafia*, cit., p. 148 ove l'Autore, da un lato, precisa come, di regola, dopo la sentenza definitiva di condanna si chiuda la fase di repressione dei fenomeni criminosi posto che all'esecuzione della pena è attribuita una funzione “ricostruttiva” dell'esperienza personale ed umana del detenuto; dall'altro lato, evidenzia come le uniche competenze dell'amministrazione penitenziaria in materia di sicurezza siano quelle interne agli istituti. Di conseguenza, la scelta di attribuire al Guardasigilli il po-

propria del 41-*bis* è ispirata ai differenti obiettivi della prevenzione e del contrasto alla delinquenza organizzata. Ciò presuppone la costante osservazione del termometro della pericolosità (sociale) del detenuto e delle associazioni criminali operanti sul territorio, per cui risulta decisiva la conoscenza diretta delle fonti investigative e di polizia che possano fornire elementi utili in tal senso<sup>6</sup>.

D'altronde, posto che «l'agire mafioso dei singoli e il vincolo associativo che li avvince nella organizzazione sono [...] fondati su di un modo di intendere e di vivere il patto associativo che non prevede il carattere della temporaneità del rapporto criminale»<sup>7</sup>, occorre che le situazioni di fatto che costituiscono il presupposto del “carcere duro” «[siano] oggetto di una attenzione costante e di un intervento specifico di analisi e di investigazione, per acquisire correttamente ed efficacemente gli indici rivelatori della sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per l'applicazione e, soprattutto, per la proroga del decreto *ex art. 41-bis* dell'ordinamento penitenziario»<sup>8</sup>.

Proprio su questo versante si appalesano le criticità della scelta di aver conferito ad un organo dell'esecutivo la competenza a disporre il regime differenziato, specie se si considera che, *de iure condito*, il potere di iniziativa è riconosciuto soltanto al Ministro dell'interno e non anche alle autorità giudiziarie requirenti, sebbene le stesse siano depositarie delle conoscenze attinenti le circostanze fattuali che giustificano l'applicazione del suddetto regime<sup>9</sup>. Vero è che nella prassi, di regola, è lo stesso pubblico ministero a chiedere l'intervento ablatorio del

---

tere di sospendere le regole del trattamento in funzione di indici esterni e di questioni che attengono alla sicurezza pubblica non risulta conforme ai suoi tradizionali fini istituzionali.

(6) In questi termini S. ARDITA, *La funzione di prevenzione antimafia*, cit., p. 148; S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 10.

(7) In questi termini v. *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare*, *Relazione annuale* approvata dalla Commissione nella seduta 30 luglio 2003, doc. XXIII n. 3, p. 444, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(8) Così *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare*, *Relazione al Parlamento sulle questioni emerse in sede di applicazione della nuova normativa in tema di regime carcerario speciale previsto dall'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975 n. 354, modificata dalla legge 23 dicembre 2002, n. 279)* approvata dalla Commissione nella seduta del 8 marzo 2005, doc. XXIII n. 13, p. 28, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(9) Sottolinea tale aspetto S. ARDITA, *La funzione di prevenzione antimafia*, cit., p. 148.

Guardasigilli<sup>10</sup>: ciononostante, si può osservare che, se la «richiesta» eventualmente effettuata dal titolare del Dicastero dell'interno, costituendo un formale atto di iniziativa, determina in capo al Ministro della giustizia l'obbligo di procedere, non altrettanto può dirsi con riferimento alla mera sollecitazione da parte degli organi inquirenti<sup>11</sup>.

V'è da dire che nel corso degli anni non è mancata, tanto in dottrina quanto in Parlamento, l'esortazione ad un profondo *restyling* delle disposizioni circa la competenza ad applicare il “carcere duro”. In particolare, in occasione della riforma del 2002 erano state prospettate almeno due soluzioni alternative alla “via ministeriale” volte ad attribuire la prerogativa *de qua* l'una al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria<sup>12</sup>, l'altra all'autorità giudiziaria<sup>13</sup>. Mentre la prima non ha riscontrato particolari fortune, venendo, anzi, osteggiata da autorevoli voci dottrinali<sup>14</sup> e dalla Commissione parlamentare antimafia<sup>15</sup>, la seconda è stata più volte

---

(10) Così *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto sul Regime Detentivo Speciale. Indagine Conoscitiva sul 41-bis (aprile 2016), p. 24, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it). Sul punto v. anche P. CORVI, *op. cit.*, p. 142; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, p. 116 e s.

(11) Sulla differenza tra veri e propria atti di iniziativa e mere sollecitazioni v. P. M. VIPIANA, *I procedimenti amministrativi: la disciplina attuale ed i suoi aspetti problematici*, Assago, 2012 p. 81.

(12) Per questa proposta v. *Senato della Repubblica. XIV Legislatura. Relazione al disegno di legge recante «Norme in materia di applicazione ai detenuti del regime di massima sicurezza»*, stampato n. 1440, p. 2, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it) ove, tra l'altro, si può leggere che «il venir meno del carattere emergenziale e precario dell'istituto consente di far cessare l'attuale atipica competenza diretta del Ministro della giustizia, organo politico, ad emettere il provvedimento applicativo, e ricondurla invece più propriamente all'autorità di gestione amministrativa ordinariamente competente per materia, ovvero al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria».

(13) In tal senso v. *Camera dei Deputati. XIV Legislatura. I Commissione* (Affari costituzionali), *Parere al disegno di legge C. 3288*, giovedì 5 dicembre 2002, reperibile al sito [www.camera.it](http://www.camera.it) ove venne evidenziata «l'opportunità di prevedere che l'adozione dei provvedimenti applicativi delle misure previste dal nuovo articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario [fosse] affidata all'autorità giudiziaria anziché all'autorità amministrativa, al fine di un più ragionevole bilanciamento dei principi costituzionali in materia di libertà personale e di garanzie giurisdizionali e quelli di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica».

(14) V. MACRÌ, *Art. 41 bis, 2° comma, O.P.*, in *Consiglio superiore della magistratura, Incontro di studio dal titolo: Il regime speciale di cui all'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: confronto sulle questioni aperte*, Roma, 2007, p. 9, nt. 7, reperibile al sito [www.csm.it](http://www.csm.it).

(15) Cfr. *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, Relazione annuale*, cit., p. 448 secondo cui «l'ipotesi della competenza riservata unicamente al Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria non pare prospettiva condivisibile perché trattasi comunque di un organo amministrativo strettamente dipendente dal Ministro della giustizia e pertanto, una sua esclusiva competenza, in un settore così delicato, potrebbe avere unicamente l'effetto di porre fuori dal processo di accertamento di responsabilità, non meramente tec-

invocata – prima e dopo la riforma – specie da chi vede nell'applicazione del regime speciale un'incisione dello *status libertatis* del detenuto incompatibile con la riserva di giurisdizione sancita in materia di limitazioni della libertà personale dall'art. 13 Cost. Invero, nonostante “l'assoluzione” della Consulta, una parte cospicua degli interpreti conserva nutrita perplessità circa l'impostazione su cui si fonda il 41-*bis* poiché, da un lato, l'istituto ha subito, negli anni, una decisa metamorfosi rispetto alla versione originaria in ordine alla quale si era pronunciato il Giudice delle leggi, perdendo, ad esempio, quel carattere di temporaneità ed eccezionalità che lo contraddistingueva e facendo, con ciò, dubitare della possibilità di ritenere ancora valida la giurisprudenza costituzionale formatasi sul “vecchio” secondo comma; dall'altro, è discutibile sostenere che le modalità del trattamento a cui è soggetto il detenuto sottoposto alla disciplina *extra ordinem* non siano idonee ad incidere sulla libertà personale del medesimo<sup>16</sup>.

---

niche, proprio il massimo organo dotato di responsabilità politica. L'attribuzione al Ministro della competenza di cui si discute, appare necessaria, inoltre, in considerazione dell'importanza del regime speciale di detenzione, ed anche sotto il profilo della sua incidenza sui diritti di libertà, giacché esso è destinato a finalità generali di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini. Siffatte caratteristiche rendono ancora più evidente la necessità dell'assunzione di responsabilità da parte del vertice dell'amministrazione della giustizia, cioè del Ministro, in ordine alle politiche applicative in materia di regime penitenziario differenziato, con la eventuale possibilità di controllo del Parlamento. Sotto questo profilo è auspicabile che il Ministro riferisca annualmente al Parlamento in ordine all'applicazione del regime speciale di detenzione». Sull'«assunzione di piena responsabilità politica da parte del Ministro» – seppur con riferimento alla sospensione delle regole del trattamento disciplinata (a suo tempo) dall'art. 90 ord. penit. – v. R. MERANI, *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari: a) la sicurezza accentuata*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 278.

(16) In tal senso v. M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, 2003, p. 427. In chiave critica in merito alla competenza ministeriale si esprimono anche N. DE RIENZO, *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 102 e s.; F. P. C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1260; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 176 e s.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 219; G. FRIGO, *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 43; L. FILIPPI, *La “novella” penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle camere penali e una “controriforma” che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 30 e s.; M. PAVARINI, *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, p. 268; M. F. CORTESI, *L'inasprimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1080; L. BRESCIANI, *Commento al comma 25 dell'art. 2 legge 15 luglio 2009, n. 94*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario al “pacchetto sicurezza” l. 15 luglio 2009 n. 94*, Torino, 2011, p. 284 e s.; T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 18 secondo cui il regime speciale è una pena autonoma ed in quanto tale dovrebbe essere “affare”

Sta di fatto che le novelle del 2002 prima e del 2009 dopo hanno confermato l'originaria prerogativa ministeriale segnando «il definitivo tramonto degli aneliti alla giurisdizionalizzazione auspicati in dottrina»<sup>17</sup>.

Nonostante non siano mancate le opinioni favorevoli rispetto alla scelta di affidare al Guardasigilli il potere sospensivo delle regole del trattamento penitenziario<sup>18</sup>, pare doversi preferire un riassetto delle competenze, tracciato in prospettiva *de iure condendo* da un'autorevole parte degli interpreti, secondo cui sarebbe opportuno attribuire all'autorità giudiziaria la prerogativa in ordine all'applicazione del regime speciale, lasciando al Ministro della giustizia – *dominus* dell'amministrazione penitenziaria, in grado di armonizzare il flusso dei detenuti differenziati in relazione alla ricettività degli istituti – ed agli organi investigativi – depositari delle informazioni e delle conoscenze circa la pericolosità dei soggetti *in vinculis*, lo stato di “salute” dell'associazione criminale di riferimento e il ruolo rivestito dai primi all'interno della seconda – il potere di iniziativa<sup>19</sup>.

Peraltro, assegnando ad un giudice la competenza a disporre la sospensione delle regole del trattamento penitenziario si ammetterebbe la possibilità di sottoporre lo stesso regime differenziato ad un controllo giurisdizionale *ex ante* (in sede di applicazione) e non solo *ex post* (in sede di reclamo) come invece, *de iure condito*, avviene oggi<sup>20</sup>.

---

del giudice: d'altronde, scrive l'Autore, «lo sapeva persino Alfredo Rocco, che, nel suo regolamento, al giudice affidò appunto la decisione di destinare al carcere di rigore, versione antica (ma non meno terribile) dell'art. 41-*bis*».

(17) In questi termini C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 405.

(18) Cfr. V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 9; D. PETRINI, *Il regime di “carcere duro” diventa definitivo*, in *L. p.*, 2003, p. 243; A. MARTINI, *Commento all'art. 19 D.L. 8/6/1992*, in *L. p.*, 1993, p. 214; A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 293, nt. 16: «la sicurezza penitenziaria – scrive l'Autore – è materia tradizionalmente connessa al governo del carcere e non può, per sua natura, che essere affidata alla competenza dell'amministrazione centrale, l'unica a poter disporre di una visione d'insieme sul meccanismo dei trasferimenti e sul livello di custodialità dei singoli istituti presenti sul territorio nazionale».

(19) Per queste considerazioni in prospettiva *de iure condendo* v. P. CORVI, *op. cit.*, p. 143. Cfr. anche S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 12.

(20) V. sul punto M. F. CORTESI, *Il nuovo regime di detenzione differenziato ai sensi dell'art. 41-bis L. N. 354/1975*, in F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*.

Nondimeno, resterebbe da capire a quale giudice attribuire tale funzione. Dovendosi escludere dalla “lista dei candidati” la magistratura di sorveglianza, essendo quest’ultima «adibita a funzioni di controllo»<sup>21</sup>, parte della dottrina ha individuato nel giudice delle misure cautelari *ex art. 279 cod. proc. pen.* l’organo cui andrebbe affidato non solo il potere di applicare la misura ma anche quello di decidere sull’eventuale impugnazione del provvedimento applicativo<sup>22</sup>. Tuttavia, tale soluzione, ad avviso di chi scrive, postula necessariamente la pendenza di un procedimento penale a carico del detenuto visto l’inequivocabile riferimento operato dall’art. 279 cod. proc. pen. al «giudice che procede» ovvero al «giudice per le indagini preliminari», riferimento che renderebbe problematica l’ipotesi in cui l’applicazione e (più verosimilmente) la proroga del regime dovessero intervenire in un momento successivo alla chiusura del procedimento. Pertanto qui si ritiene preferibile una soluzione diversa: invero il suddetto potere sospensivo potrebbe essere attribuito, per l’affinità tra le due materie, all’autorità giudiziaria competente per l’applicazione delle misure di prevenzione personali di cui agli artt. 4 e ss. del cd. codice antimafia (D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159) e segnatamente al «Tribunale del capoluogo della provincia in cui la persona dimora» (art. 5). In questo modo verrebbe, tra l’altro, garantita al detenuto la possibilità di fruire di tre gradi di giudizio – anziché di due come avviene ora – secondo quanto disposto dall’art. 10 del D.lgs. 159/11.

---

*Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materi di sicurezza pubblica), aggiornato dalle novità introdotte dalla “Legge finanziaria 2010”, dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo “mille occhi sulle città” dell’11 febbraio 2010, Milano, 2010, p. 903.*

(21) Così A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 293. Nella medesima direzione v. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all’art. 41-bis ord. penit.*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38*, Milano, 2009 p. 462 secondo cui «nel nostro ordinamento, [il tribunale di sorveglianza] è l’organo chiamato ad adeguare la pena al percorso rieducativo del condannato, a valutare cioè le caratteristiche della personalità del detenuto e il grado di risposta dello stesso al trattamento». Secondo l’Autrice, del tutto diverse sarebbero invece le decisioni in materia di regime speciale ove «si discute sui legami tra detenuto e associazione di appartenenza». A riprova di questa caratteristica della magistratura di sorveglianza v. ampiamente M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, p. 6 e ss.

(22) Per questa considerazione v. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 464.

## 2. *L'istruttoria ministeriale finalizzata all'applicazione del regime: coordinamento istituzionale e negazione del contraddittorio*

L'emissione del decreto applicativo del “carcere duro” viene preceduta da una fase istruttoria legislativamente determinata: ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit., infatti, il Ministro della giustizia adotta il provvedimento sospensivo «sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia<sup>23</sup>, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva<sup>24</sup>, nell'ambito delle rispettive competenze»<sup>25</sup>.

Dal punto di vista funzionale, questa fase di istruzione è evidentemente prodromica a delineare il quadro “probatorio” circa la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del regime detentivo speciale e segnatamente – sotto il profilo oggettivo – dei «gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica» e – in chiave sogget-

---

(23) Oggi non si parla più di «Direzione nazionale antimafia» bensì di «Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo» (v. art. 103 D.lgs. 159/11). Infatti, a seguito della recrudescenza di fenomeni criminali di derivazione fondamentalistico-religiosa ed, in particolare, degli attacchi terroristici di Parigi avvenuti nel gennaio 2015, il legislatore, mediante l'approvazione del D.L. 18 febbraio 2015 n. 7 convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015 n. 43, ha attribuito al Procuratore nazionale antimafia, nonché all'omonima Direzione, la competenza di coordinamento e impulso investigativo anche in materia di terrorismo: di qui la nuova denominazione.

(24) Gli “organi di polizia centrali e specializzati” di cui ragiona l'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit. sono stati individuati, nella prassi applicativa del “carcere duro”, nella Direzione Investigativa Antimafia (D.I.A.), nella Direzione Centrale della Polizia Criminale del Ministero dell'interno, nel Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, nel Comando generale della Guardia di Finanza. Per queste indicazioni v. *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 25. Alla Direzione investigativa antimafia, com'è noto, è attribuito, ai sensi dell'art. 108 D.lgs. 159/11, «il compito di assicurare lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di investigazione preventiva attinenti alla criminalità organizzata, nonché di effettuare indagini di polizia giudiziaria relative esclusivamente a delitti di associazione di tipo mafioso o comunque ricollegabili all'associazione medesima. Formano oggetto delle attività di investigazione preventiva della Direzione investigativa antimafia le connessioni strutturali, le articolazioni e i collegamenti interni ed internazionali delle organizzazioni criminali, gli obiettivi e le modalità operative di dette organizzazioni, nonché ogni altra forma di manifestazione delittuosa alle stesse riconducibile ivi compreso il fenomeno delle estorsioni».

(25) Per amor di completezza, va detto che la disciplina legislativa della fase istruttoria finalizzata all'applicazione del regime speciale è stata introdotta con la riforma del 2002 e successivamente ritoccata in modo del tutto ininfluenza in occasione della novella del 2009. Ciononostante, si noti che già durante la vigenza della versione originaria dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. il Ministro della giustizia, in assenza di alcuna indicazione legislativa, aveva instaurato la prassi di interpellare le autorità giudiziarie precedenti, la Direzione nazionale antimafia nonché gli organismi centrali delle forze di polizia. In questi termini v. S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 11 e s.; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 117. Analogamente V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 18.

tiva – dei «collegamenti [del detenuto] con un'associazione criminale, terroristica o eversiva»<sup>26</sup>. Detto altrimenti, trattasi, da un lato, di verificare l'attuale operatività dell'associazione criminale di riferimento per il soggetto *in vinculis*, con particolare riguardo alle attività delittuose poste in essere, alla presenza sul territorio ed alla potenzialità organizzativa del sodalizio; dall'altro lato, di accertare la pericolosità sociale del detenuto, precipuamente desumibile dalla posizione gerarchica rivestita dallo stesso all'interno della *societas sceleris* nonché dall'eventuale mutamento del suo ruolo e del suo rapporto con quest'ultima<sup>27</sup>.

Al pari di quanto generalmente affermato in dottrina, ove si ritiene che la fase istruttoria costituisca «il cuore del procedimento amministrativo»<sup>28</sup>, può convenirsi che anche il sistema di “raccordo istituzionale” delineato dall'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit. rappresenti il momento centrale nell'*iter* di applicazione (e, come si vedrà, anche di proroga) del regime speciale. Infatti, la sottoposizione del detenuto al “carcere duro” in tanto è legittima, in quanto essa risulti giustificata e necessitata dal *curriculum* criminale del soggetto *in vinculis*, dalla sua pericolosità sociale, dal suo legame con il sodalizio mafioso e, quindi, dalla sua capacità di recare nocimento all'ordine e alla sicurezza pubblica pur dall'interno del carcere<sup>29</sup>. Tuttavia, né il Guardasigilli né il Ministro dell'interno (a cui, come anticipato, è attribuita *ex lege* una funzione propositiva<sup>30</sup>) possiedono – per via del loro ruolo istituzionale – la disponibilità di quegli elementi gnoseologici, rientranti, invece,

(26) In questa direzione v. P. CORVI, *op. cit.*, p. 143; F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2015, f. 1, p. 19. Nonché S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 11.

(27) Con riferimento alla natura delle informazioni richieste, S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 121 distingue tra quelle (di natura oggettiva) relative alla attuale operatività del gruppo criminoso e quelle (di natura soggettiva) aventi ad oggetto le caratteristiche individuali del detenuto.

(28) Per questa espressione v. M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, f. 2, p. 459 e ss.

(29) D. PETRINI, *op. cit.*, p. 244 parla di «garanzia della stretta finalizzazione delle restrizioni all'obiettivo di impedire i contatti con l'organizzazione criminale esterna».

(30) È stato osservato come l'attribuzione del potere di iniziativa al titolare del Dicastero dell'interno accentui il significato e la rilevanza che si è inteso attribuire a situazioni emergenziali legate alla gestione dell'ordine e della sicurezza pubblica. In tal senso cfr. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 185 e s.; N. DE RIENZO, *op. cit.*, p. 113; V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 9; L. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 286.

nel bagaglio conoscitivo degli organi investigativi, necessari all'accertamento delle suddette circostanze fattuali legittimanti la sospensione delle regole del trattamento penitenziario<sup>31</sup>. A tal fine, infatti, assumono decisiva rilevanza i risultati delle indagini in corso afferenti il gruppo criminale di appartenenza del detenuto (nei limiti consentiti dal segreto investigativo); gli esiti delle indagini patrimoniali – eventualmente sfociate nell'applicazione di una misura di prevenzione *in rem* – che, in base al tenore di vita familiare, facciano intendere il possibile finanziamento da parte della stessa organizzazione, il che è evidentemente sintomatico della persistenza di collegamenti tra il sodalizio ed il detenuto; ogni elemento, anche privo di rilevanza penale o processuale, come annotazioni o relazioni di servizio, in grado di rivelare i rapporti tra il soggetto *in vinculis* e la cosca di suo riferimento<sup>32</sup>.

Dal punto di vista procedimentale, come s'è anticipato, l'art. 41-*bis* ord. penit. prevede che il Ministro della giustizia, ai fini dell'applicazione del regime detentivo speciale, acquisisca il parere del P.M. che procede alle indagini preliminari ovvero di quello presso il giudice precedente, nonché ogni altra informazione dalla Direzione nazionale antimafia ed antiterrorismo e dagli organi di polizia.

Tale statuizione legislativa pone alcuni problemi di interpretazione che sono stati variamente affrontati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Dalla lettura del testo normativo pare infatti emergere la discrasia tra la funzione consultiva demandata ai procuratori distrettuali e la funzione meramente informativa attribuita invece alla D.N.A.: in considerazione del potere di coordinamento investigativo a quest'ultima riservato nell'ambito delle indagini di mafia (ed oggi anche di terrorismo)<sup>33</sup>, sarebbe tuttavia preferibile un'interpretazione estensiva della norma *de qua* tale da riconoscere anche alla Direzione nazionale il più penetrante potere

---

(31) Cfr. S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 11.

(32) Per queste ed altre indicazioni v. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 120. Nella medesima direzione cfr. S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 10; P. CORVI, *op. cit.*, p. 146 e s.

(33) In particolare, ai sensi dell'art. 371-*bis* comma 2 cod. proc. pen. «il Procuratore nazionale antimafia esercita funzioni di impulso nei confronti dei procuratori distrettuali al fine di rendere effettivo il coordinamento delle attività di indagine, di garantire la funzionalità dell'impiego della polizia giudiziaria nelle sue diverse articolazioni e di assicurare la completezza e tempestività delle investigazioni».

consultivo<sup>34</sup>.

Nondimeno, nella prassi, questa distonia pare essersi appiattita, atteso che la giurisprudenza di legittimità sembrerebbe accreditare un orientamento teso a riconoscere l'equipollenza dei due “canali informativi”<sup>35</sup>. Invero, da un lato, secondo la Cassazione non è configurabile alcuna nullità del decreto ministeriale applicativo del regime differenziato qualora il provvedimento sospensivo «sia emanato senza previa acquisizione di informazioni presso la D.N.A. e gli organi di Polizia centrali e specializzati perché non ritenute necessarie dal Ministro, in quanto normativamente caratterizzata l'acquisizione di tali informazioni dalla “necessità”»<sup>36</sup>. Parimenti, dall'altro lato, la Suprema Corte ha più volte sottolineato come le sud-

---

(34) Cfr. in questa direzione P. CORVI, *op. cit.*, p. 144; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 118. Peraltro, evidenzia V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 19, l'attività informativa della Direzione nazionale «è necessariamente più ampia di quella delle D.D.A., in quanto la D.N.A. sia per effetto della disponibilità della Banca Dati nazionale, sia per effetto dell'attività di coordinamento a lei propria, ha conoscenza dei dati riguardanti il detenuto su base nazionale e talvolta anche internazionale, ed è in grado pertanto di offrire al D.A.P. un quadro informativo più completo circa la sua pericolosità sociale». Comunque sia, è ineludibile l'impegno profuso dalla Direzione nazionale antimafia ed antiterrorismo *in subiecta materia*. La *Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso*, Febbraio 2016 (periodo 1 luglio 2014 – 30 giugno 2015), p. 10 annovera tra le principali attività da essa svolte i pareri *ex art. 41-bis* ord. penit. che, nel periodo compreso tra il primo luglio 2014 ed il 30 giugno 2015, sono stati 294 di cui 98 riferiti ai casi di prima applicazione del regime speciale e 196 ai casi di proroga dello stesso.

(35) Nonostante ciò, le informative fornite dalle varie D.D.A. non paiono sovrapponibili, sotto il profilo contenutistico, a quelle fornite dalla D.N.A. In particolare, «il ruolo delle D.D.A. in materia può essere definito di due tipi: propositivo ed informativo. Il primo consiste nella segnalazione al D.A.P. dell'arresto di detenuti di particolare pericolosità per il tipo di reati per i quali è stato condannato, ma più spesso per i quali è stato raggiunto da ordinanza di misura cautelare, per la personalità dello stesso, per il ruolo di capo, organizzatore o promotore dell'associazione (di tipo mafioso o finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti), per il periodo di latitanza trascorso prima della cattura, ecc. Il secondo consiste nelle informazioni fornite su richiesta del D.A.P. in occasione delle proroghe, in particolare sugli sviluppi dei procedimenti nel corso dei quali sono state emesse le misure cautelari di cui sopra, sull'operatività delle cosche di riferimento, su ogni altro elemento utile ad integrare ed aggiornare le informazioni già in possesso del D.A.P. Dove il contributo conoscitivo delle D.D.A. risulta decisivo è nell'apporto di conoscenze e informazioni provenienti dalle indagini circa metodi, tecniche, frequenza, dei contatti che detenuti, anche sottoposti al regime del 41 *bis*, riescono a mantenere con l'esterno». Per quanto concerne, invece, il ruolo della D.N.A., essa «ha sempre, sollecitamente ed analiticamente fornito i pareri richiesti, attivando sin dall'inizio della sua attività, che risale al gennaio del 1993, un sistema organizzativo interno, secondo il quale spetta al sostituto delegato al collegamento investigativo con un determinato distretto giudiziario elaborare il parere (o la proposta) relativamente al detenuto di competenza del medesimo distretto. La competenza venne stabilita non già sulla base del luogo di detenzione, bensì su quello dell'appartenenza criminale dello stesso (generalmente il luogo nel quale ha sede l'A.G. che ha emesso la misura cautelare o la condanna)». Per queste ed altre indicazioni cfr. V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 18 e s.

(36) Così Cass., Sez. I, 14 ottobre 2008, n. 42553, in *CED Cass.*, n. 241717.

dette informazioni fornite dalla D.N.A. possano tenere luogo del parere del pubblico ministero, sicché la mancata acquisizione di quest'ultimo non configura nullità del provvedimento ministeriale bensì mera irregolarità<sup>37</sup>.

La medesima giurisprudenza ha escluso la necessità di sentire il P.M. allorché il decreto di sospensione delle regole del trattamento sia diretto ad un detenuto in espiazione di pena definitiva poiché sarebbe del tutto incongruo attribuire la funzione consultiva al pubblico ministero presso il giudice competente per l'esecuzione stante la possibilità che quest'ultimo sia diverso da quello che ha emesso la condanna di riferimento per l'applicazione del regime differenziato<sup>38</sup>.

Se in tutti questi casi la giurisprudenza tende a negare la necessità di sentire il P.M.<sup>39</sup>, al contrario la dottrina maggioritaria, facendo leva sul dato testuale dell'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit. – ed in particolare sull'impiego da parte del legislatore della congiunzione «e» nonché della formula «sentito l'ufficio del pubblico ministero» – ritiene obbligatoria e non rimessa alla discrezionalità del Mini-

---

(37) Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, in *CED Cass.*, n. 230552; Cass., Sez. I, 20 settembre 2005, n. 39803, Sanatiti, in *CED Cass.*, n. 232946; Cass., Sez. I, 21 novembre 2003, Sciuto, in *CED Cass.*, n. 226636; Cass., Sez. I, 5 marzo 2004, n. 15029, Vitale, in *CED Cass.*, n. 228898 ove si precisa che «la mancata acquisizione del parere del p.m. precedente non comporta alcuna conseguenza sul piano della validità dell'atto, non essendo prevista dalla legge alcuna sanzione»; Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2658, Sciara, in *CED Cass.*, n. 230549 secondo cui la Direzione nazionale antimafia e la Direzione distrettuale antimafia, «essendo organismi di raccordo investigativo, sono in grado di fornire tutte le informazioni necessarie in merito alla associazione mafiosa di appartenenza del ricorrente».

(38) In questo senso Cass., Sez. I, 21 novembre 2003, n. 1372, Bruzzise, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1389; Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, *cit.* Nella stessa direzione, seppur con differenti argomentazioni, cfr. Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, n. 449, Ganci, in *CED Cass.*, n. 226629 secondo cui: «in tema di regime carcerario previsto dall'art. 41 *bis* l. 26 luglio 1975 n. 354 (c.d. Ordinamento penitenziario) il parere del p.m. che il Ministro della giustizia deve acquisire prima di disporre la sospensione delle regole di trattamento non è dovuto con riferimento alla posizione dei condannati in via definitiva, in quanto il testuale tenore del comma 2 *bis* del citato articolo, come introdotto dall'art. 2 l. 23 dicembre 2002 n. 279, prevede che sia sentito l'ufficio del p.m. che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice che procede, sicché la disposizione è riferibile esclusivamente ai detenuti in custodia cautelare e non anche a quelli che si trovano in espiazione di pena in esecuzione di condanna irrevocabile».

(39) Tuttavia, in un'isolata pronuncia, la Corte di cassazione, chiamata a vagliare la legittimità di un provvedimento di applicazione del regime speciale emesso senza senza attendere le informazioni della D.I.A. e del Comando generale dei Carabinieri, ebbe a dire che «secondo il chiaro tenore della norma [...] l'unica condizione indefettibile per l'emissione del decreto ministeriale è l'audizione dell'ufficio del P.M. precedente» restando insindacabile la scelta di procedere o meno ad ulteriori integrazioni istruttorie. Così Cass., Sez. I, 21 ottobre 2008, n. 41081, B.S., in *Cass. pen.*, 2009, p. 3979.

stro l'acquisizione del suddetto parere<sup>40</sup>. Solo una quota minoritaria degli interpreti sembra suffragare l'orientamento giurisprudenziale che esclude la necessità di sentire il P.M. quando si tratti di soggetti detenuti in espiazione di pena definitiva poiché, dal suo tenore letterale, la disposizione in esame – «sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente» – parrebbe riferirsi esclusivamente ai detenuti in custodia cautelare in carcere<sup>41</sup>.

A ben vedere, questa opinione non sembra pienamente condivisibile in quanto il riferimento al giudice procedente, in mancanza di alcun *distinguo* tra procedimento di cognizione e procedimento di esecuzione ed attesa la natura giurisdizionale (anche) di quest'ultimo<sup>42</sup>, porta a ritenere necessaria l'acquisizione del parere *de quo* pure durante la fase esecutiva. Cionondimeno, ci si domanda quale sia l'ufficio del pubblico ministero dinanzi ad un condannato in espiazione di pena definitiva stante la possibilità che a carico di quest'ultimo pendano soltanto procedimenti di fronte alla magistratura di sorveglianza<sup>43</sup>.

Al di là degli approdi giurisprudenziali di cui sopra, l'instaurazione della fase istruttoria delineata dall'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit. va ritenuta uno specifico ed indispensabile presupposto del decreto ministeriale nonché una condizione di primaria legalità dello stesso<sup>44</sup>. Di conseguenza, l'omessa acquisizione

---

(40) P. CORVI, *op. cit.*, p. 145; L. CESARIS, sub art. 41-*bis* ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 468; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 203; M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1290; F. GIUNCHEDI, *Linee evolutive della giurisprudenza di legittimità in ordine ai rinnovati standards probatori dell'art. 41 bis ord. penit.*, in *G. it.*, 2005, p. 2358.

(41) G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, p. 223. Nello stesso senso cfr. L. BLASI, *Per limitare i diritti civili occorre un atto del giudice, non del Ministro. L'articolo 41bis op contrasta con l'articolo 15 della Costituzione*, in *Dir. e giust.*, 2004, f. 4, p. 12 e ss.

(42) Sul punto v. M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. II, Torino, 2013, p. 393 secondo cui anche il procedimento di esecuzione è un procedimento giurisdizionale.

(43) Per queste considerazioni v. A. DI GIOVANNI, *Ordinamento penitenziario, la riforma non è solo 41bis. Numerose le novità introdotte dalla legge 279/02*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 1, p. 11; EAD., *Forma, contenuto e impugnabilità del provvedimento ex articolo 41bis. L'analisi della riforma tra conferme ed incertezze*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 43, p. 56 la quale intravede nell'ufficio del P.M. che ha seguito il processo l'unico soggetto in grado di avere una completa cognizione della condannato. Cfr. anche R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 203.

(44) In questi termini M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1290. Nella stessa direzione v. F. GIUNCHEDI, *Linee evolutive della giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 2357 e s.

delle suddette informative dovrebbe correttamente determinare l'annullabilità del provvedimento di applicazione del regime speciale in quanto inficiato da violazione di legge<sup>45</sup>.

Resta, invece, il dubbio se le “consultazioni” richieste al Ministro siano idonee o meno a produrre effetti vincolanti in sede di adozione del decreto di sospensione delle regole del trattamento<sup>46</sup>. La risposta affermativa parrebbe dettata dalla maggior “familiarità” della materia (il contrasto alla criminalità organizzata) che gli organi inquirenti possiedono rispetto al Guardasigilli e dalla mancata previsione di strumenti giuridici per impugnare l'eventuale diniego ministeriale. Tuttavia, la tesi negativa sembra la più aderente al disposto normativo atteso che il legislatore là dove ha voluto disciplinare ipotesi di pareri vincolanti, lo ha fatto in modo differente rispetto all'art. 41-*bis* ord. penit.<sup>47</sup>.

Da ultimo occorre precisare che in sede di applicazione o di proroga del regime speciale non è prevista l'instaurazione di alcuna sorta di contraddittorio e non è nemmeno richiesto che al detenuto sia data la comunicazione di avvio del procedimento *ex art. 7* della legge 7 agosto 1990 n. 241<sup>48</sup>, con conseguente impossibilità per l'interessato di partecipare al procedimento stesso e di venire a conoscenza del contenuto delle informazioni e dei pareri acquisiti dal Ministro<sup>49</sup>. Infatti

(45) L. CESARIS, *op. cit.*, p. 468; M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1290.

(46) Per la tesi affermativa v. L. CESARIS, *op. cit.*, p. 469 secondo cui le informative dovrebbero avere valore vincolante «al fine di ancorare il decreto a dati oggettivi». *Contra* M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana*, cit., p. 424.

(47) V., a titolo esemplificativo, l'art. 146 comma 5 D.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42: «Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge...»; oppure l'art. 14 D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 ove si dice: «La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato».

(48) Dispone l'art. 7 della L. 241/90: «Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento».

(49) Danno conto di questa “anomalia” L. FILIPPI, *op. cit.*, p. 31; L. CESARIS, *op. cit.*, p. 469; P. CORVI, *op. cit.*, p. 147; M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Pen. Agg.*, V, Torino, 2010, p. 761; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 204 e ss.; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 203; C. FIORIO, *op. cit.*, p. 406; ID., *41-bis: ricominciamo a parlare*

ti, secondo quanto affermato dalla Suprema Corte, il citato art. 7 non può trovare applicazione *in subiecta materia* vuoi perché la suddetta comunicazione di avvio del procedimento, postulando necessariamente la “*discovery*” delle informative, è da ritenersi esclusa in virtù del divieto posto dall'art. 3 del decreto del Ministero dell'interno 10 maggio 1994 n. 415 il quale sottrae al diritto di accesso, tra gli altri, i documenti diretti alla prevenzione e repressione della criminalità<sup>50</sup>; vuoi, soprattutto, perché l'attività interna svolta dall'amministrazione ha natura propedeutica e si concretizza direttamente con il provvedimento ministeriale che è soggetto a reclamo, a seguito del quale si instaura un procedimento giurisdizionale nel cui ambito l'interessato può svolgere tutta l'attività necessaria alla propria difesa<sup>51</sup>.

*ne*, in *Arch. pen. - Rivista Stampa*, 2015, f. 2, p. 383; F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiatione della pena*, cit., p. 19 e s.; ID., *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 357; C. SASSI, *Controllo di legittimità e «nuovo» art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: primi (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *G. it.*, 2005, p. 146.

(50) Cfr. Cass., Sez. I, 12 ottobre 2011, n. 98, B.A., in *Cass. pen.*, 2013, p. 331; Cass., Sez. I, 13 gennaio 2010, n. 5392, Smorta, in *CED Cass.*, n. 246066. La Cassazione ha specificato che la comunicazione dell'avvio del procedimento da parte dell'autorità amministrativa procedente deve ritenersi esclusa ai sensi del decreto del Ministero dell'interno del 10 maggio 1994 n. 415 («Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»). Invero, secondo la Corte, «detta comunicazione presuppone necessariamente la possibilità da parte dell'interessato di accedere alle relazioni di polizia e ai documenti posti a base della proposta». Orbene, «trattandosi di provvedimenti diretti alla repressione della criminalità», la Cassazione ha ritenuto tale accesso vietato in virtù del disposto dell'art. 3 comma 1 lett. a) del suddetto decreto ministeriale 415/94 il quale include tra le categorie di documenti inaccessibili per motivi di ordine e di sicurezza pubblica ovvero di prevenzione e di repressione della criminalità le «relazioni di servizio ed altri atti o documenti presupposto per l'adozione degli atti o provvedimenti dell'autorità nazionale e delle altre autorità di pubblica sicurezza, nonché degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza». Conclude, pertanto, la Corte che «essendo vietato all'interessato l'accesso alla documentazione posta a base del decreto ministeriale, in questa fase del procedimento non sarebbe possibile per l'interessato nemmeno instaurare un minimo di contraddittorio». Per queste considerazioni v., ampiamente, Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2658, Sciara, *cit.*

(51) Così Cass., Sez. I, 12 ottobre 2011, n. 98, B.A., *cit.*; Cass., Sez. I, 13 gennaio 2010, n. 5392, Smorta, *cit.*; Cass., Sez. I, 20 settembre 2005, n. 39803, Sanatiti, *cit.* Molto esauriente sul punto è nuovamente la sentenza della Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2658, Sciara, *cit.* secondo non vi è dubbio che l'obbligo da parte dell'autorità procedente di comunicare l'avvio di una fase conoscitiva e di indagine, previsto dall'art. 7 comma 1 l. 241/90, che consente all'interessato di presentare memorie e documenti a propria difesa, abbia carattere generale e sia, quindi, applicabile alla gran parte dei procedimenti amministrativi. Tuttavia, rileva la Cassazione, «che il rispetto del giusto procedimento amministrativo, costituendo un criterio generale di orientamento cui la Pubblica Amministrazione si deve comunque adeguare, non può considerarsi un principio assistito in assoluto da garanzia di difesa [...]. Pertanto in presenza di procedimenti particolari – come quelli diretti all'applicazione del regime differenziato di detenzione, che sono regolati da norme che assicurano comunque il rispetto del principio del giusto procedimento e che sono caratterizzati da esigenze di celerità della procedura – si deve escludere che sussista l'obbligo da parte dell'Autorità

Come può notarsi, l'*iter* procedimentale così delineato diverge nettamente da quello previsto, ad esempio, per l'applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza: quest'ultima, ai sensi dell'art. 7 del D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, è disposta dal tribunale e l'udienza, di cui è dato avviso alle parti, si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero e l'interessato può essere sentito se compare.

La mancanza di alcuna forma di contraddittorio nella fase di adozione del decreto ministeriale *ex art. 41-bis* ord. penit.<sup>52</sup> ha suscitato in dottrina dubbi di ortodossia costituzionale per la presunta violazione del diritto di difesa presidiato dall'art. 24 Cost. nonché del principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Carta fondamentale il quale deve trovare applicazione in ogni procedimento e quindi anche nella fase dell'esecuzione penitenziaria<sup>53</sup>: del resto, il detenuto, non potendo partecipare al procedimento stesso, viene privato del «diritto [...] di presentare memorie scritte e documenti» ai sensi dell'art. 10 comma 1 lett. b) della legge 241/90.

Inoltre, «ciò che più preme al soggetto – si è detto in dottrina – è la conoscenza del contenuto delle informative» e questo al fine di addurre elementi che, in sede di reclamo, possano escludere il preteso collegamento con la criminalità organizzata<sup>54</sup>: in tal direzione, è evidente che l'eventuale mancato deposito delle suddette comprime il diritto di difesa del detenuto ed, al contempo, «dà luogo ad una disparità di trattamento tra le parti, dovendosi presumere che il P.M. nel pro-

---

Amministrativa procedente di dare comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 l. 241/1990. Infatti in materia di applicazione del regime differenziato di detenzione – il cui procedimento è disciplinato da regole specificamente indicate dalla legge proprio al fine di assicurare il giusto procedimento – l'onere di dare comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento deve ritenersi escluso, in quanto l'attività interna svolta dall'Autorità Amministrativa ha natura prodromica e si concretizza direttamente con il provvedimento ministeriale, che è soggetto a reclamo a seguito del quale si instaura un procedimento di natura giurisdizionale, ove l'interessato potrà svolgere tutta l'attività necessaria alla propria difesa». Cfr. anche Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, *cit.* Tra i giudici di merito v. Trib. Sorv. Torino, 19 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1152 secondo cui «il Ministro, nell'adottare il decreto di proroga del regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. non è tenuto a depositare le informative sulle quali tale misura si fonda».

(52) Da intendersi non come contraddittorio “pieno”, il quale è proprio della giurisdizione, ma come partecipazione al procedimento amministrativo.

(53) In tal direzione, cfr. L. FILIPPI, *op. cit.*, p. 31; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *op. cit.*, p. 205 e s.; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 203; C. FIORIO, *op. cit.*, p. 406; L. CESARIS, *op. cit.*, p. 469.

(54) L. CESARIS, *op. cit.*, p. 469.

cedimento di reclamo sia invece ben informato sulla situazione del soggetto»<sup>55</sup>. Sotto questo profilo, va osservato che se è vero che sono sottratti al diritto di accesso le «relazioni di servizio ed altri atti o documenti presupposto per l'adozione degli atti o provvedimenti dell'autorità nazionale e delle altre autorità di pubblica sicurezza, nonché degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza, ovvero inerenti all'attività di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica o di prevenzione e repressione della criminalità» (art. 3 del decreto 415/94), è altrettanto vero che la partecipazione all'*iter* procedimentale non è affatto subordinata – come invece sembra affermare la giurisprudenza – alla possibilità di accedere a tale documentazione, giacché, argomentando diversamente, non si spiegherebbe per quale motivo l'art. 10 comma 1 lett. a) della legge 241/90, nello statuire che i partecipanti al procedimento hanno diritto di prendere visione degli atti del procedimento stesso, faccia salvo quanto previsto (in materia di esclusione del diritto d'accesso) dall'articolo 24 della medesima legge<sup>56</sup>.

Peraltro, come sostenuto in alcune sentenze e da talune voci dottrinali, la possibilità di svolgere ogni attività difensiva nonché di interloquire sulle risultanze della richiesta di informazioni è garantita al detenuto in sede di impugnazione, interponendo reclamo avverso il provvedimento di sospensione delle regole trattamentali<sup>57</sup>. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, si profila una considerazione critica: a differenza di quanto ad esempio previsto in materia di riesame – ove per la pronuncia del Tribunale della libertà è previsto (art. 309 cod. proc. pen.) un termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti, decorso il quale «l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia» –, lo stesso termine di dieci giorni fissato dal-

---

(55) L. CESARIS, *op. cit.*, p. 469. Sul punto, cfr. anche M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1290.

(56) Sui diritti dei partecipanti al procedimento amministrativo v. P. M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 71 e s.

(57) In dottrina cfr. P. CORVI, *op. cit.*, p. 148; D. PETRINI, *op. cit.*, p. 244. In giurisprudenza v. Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, *cit.* secondo cui nelle materie come quella in esame, caratterizzate da particolari esigenze di prontezza, celerità e prevenzione della criminalità, non sussiste l'obbligo di comunicazione all'interessato di avvio del procedimento amministrativo e di ostensione allo stesso del materiale informativo e investigativo, in osservanza delle regole di cui alla legge n. 241 del 1990, mentre le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa sono destinate a dispiegarsi compiutamente nel procedimento giurisdizionale instaurato davanti al Tribunale di sorveglianza mediante la proposizione del reclamo, dove tutti gli atti risultano depositati e messi a disposizione delle parti interessate prima della discussione e della decisione. V. anche Cass., Sez. I, 20 settembre 2005, n. 39803, Sanatiti, *cit.*

l'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. per la decisione sul reclamo avverso l'applicazione del "carcere duro" è considerato ordinatorio dalla giurisprudenza ormai consolidata<sup>58</sup> sicché l'esercizio del diritto di difesa da parte del detenuto e la decisione del Tribunale di sorveglianza di Roma (adottata, essa sì, in contraddittorio) potrebbero essere differiti nel tempo.

### 3. *Forma, efficacia temporale e notificazione del provvedimento sospensivo delle regole del trattamento penitenziario*

A mente dell'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit., il provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali è adottato con – *rectius*: assume la forma del – decreto motivato. La presente disposizione si pone in linea con quanto previsto in via generale dall'art. 3 l. 241/90<sup>59</sup> e recepisce, *in subiecta materia*, gli insegnamenti della Consulta in ordine alla necessità che il provvedimento ministeriale, tanto di applicazione quanto di proroga del regime speciale, rechi adeguata motivazione per ciascuno dei detenuti cui è rivolto, onde consentire all'interessato un'effettiva tutela giurisdizionale<sup>60</sup>. Ne consegue che qualora l'amministrazione

(58) Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, *cit.*; Cass., Sez. I, 20 settembre 2005, n. 39803, Sanatiti, *cit.*: «il termine di dieci giorni per l'adozione della decisione sul reclamo avverso il decreto ministeriale di applicazione o conferma del regime differenziato ai sensi dell'art.41 *bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354 ha natura ordinatoria e pertanto la sua inosservanza non è causa di inefficacia del provvedimento impugnato».

(59) Tale disposizione recita: «Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che [per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale]. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria».

(60) Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., ord. 23 dicembre 2004, n. 417, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org): «i provvedimenti che applicano l'art. 41-*bis*, comma 2, dell'ordinamento penitenziario debbono essere concretamente motivati in relazione alle specifiche esigenze di ordine e di sicurezza che ne costituiscono il presupposto, in quanto il regime differenziato si fonda sull'effettivo pericolo della permanenza dei collegamenti interni ed esterni con le organizzazioni criminali e con le loro attività, e non sull'essere i detenuti autori di particolari categorie di reati». Per la necessità che il provvedimento ministeriale sia motivato v. anche Trib. Sorv. Sassari, 22 ottobre 1993, Vollaro, in *F. it.*, 1995, f. 2, p. 237. Tra le pronunce della Suprema Corte v. Cass., Sez. I, 6 luglio 1994, Rizzi, in *Giust. pen.*, 1995, f. 3, p. 665. Peraltro, in aderenza a tale principio, la Suprema Corte ha ritenuto legittima l'emanazione di un unico provvedimento per più destinatari, contenente una motivazione comune, allorché i gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica risultino oggettivamente comuni a più soggetti, salvo l'unico insuperabile limite che tale motivazione consenta di individuare, in concreto e in rapporto a ciascun detenuto, le ragioni che hanno indotto l'amministrazione ad intervenire. In tal senso Cass., Sez. I, 9 settembre 1994, Modeo, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3068. In

ometta di indicare le ragioni in fatto e in diritto che l'hanno indotta ad intervenire, il decreto risulterebbe viziato, se non altro, da violazione di legge; sarebbe inoltre annullabile per eccesso di potere nei casi di insufficienza, approssimazione, illogicità, contraddittorietà, incongruenza, perplessità della motivazione<sup>61</sup>.

Quanto all'efficacia temporale del suddetto decreto, a seguito della riforma del 2009, il legislatore ha novellato *in peius* la previgente disciplina disponendo che il provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali «ha durata pari a quattro anni ed è prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi, ciascuno pari a due anni».

A fronte della lacuna che aveva caratterizzato l'originaria versione dell'articolo *de quo*<sup>62</sup> – ove, nel silenzio della legge, la durata del “carcere duro” veniva stabilita discrezionalmente dall'autorità amministrativa (in sede di emissione del decreto) nel consueto termine di sei mesi<sup>63</sup> – la riforma del 2002, colmando detto vuoto normativo, aveva fissato i limiti temporali del provvedimento di prima applicazione nel minimo di un anno e nel massimo di due con la possibilità di prorogarne l'efficacia per periodi successivi pari ciascuno ad un anno<sup>64</sup>.

---

motivazione, la suprema Corte ha chiarito che, quando tali ragioni si fondano su circostanze di fatto comuni a più persone, è superfluo richiedere la ripetizione dell'esposizione delle stesse per ciascun interessato al provvedimento.

(61) Per i vizi della motivazione degli atti amministrativi v., per tutti, P. M. VIPIANA, V. CINGANO, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012, p. 154 e ss.

(62) La dottrina non ha mancato di evidenziare come, in assenza di una determinazione legislativa circa la durata del provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali, quest'ultima potesse estendersi in maniera indefinita nel tempo. Cfr. A. MARTINI, *op. cit.*, p. 214; F. GIUNTA, *Art. 1 l. 16.2.1995 n. 36*, in *L. p.*, 1996, p. 49; F. CESARI, F. MONARI, *sub art. 41-bis ord. penit.*, in M. PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, (a cura di B. GUAZZALOCA), vol. I, Torino, 2002, p. 89.

(63) Non solo il decreto di prima applicazione ma anche le proroghe avevano l'efficacia temporale di sei mesi. La scelta di fissare la durata del provvedimento ministeriale in un termine simile traeva origine da un *obiter dictum* della Consulta la quale rilevava come «nell'ambito dell'ordinamento penitenziario [fosse] già espressamente previsto un tipo di regime detentivo – il “regime di sorveglianza particolare” – disciplinato degli artt. 14 *bis* e seguenti, che nella sua concreta applicazione viene ad assumere un contenuto largamente coincidente con il regime differenziato introdotto con il provvedimento ex art. 41 *bis*, secondo comma, di sospensione del trattamento penitenziario». In forza di questa (pretesa) somiglianza tra i due istituti, l'autorità amministrativa, al fine di colmare la suddetta lacuna normativa, aveva applicato in via analogica al “carcere duro” il termine di sei mesi previsto *ex lege* per il regime di sorveglianza particolare. Per questa considerazione v. C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*, cit., p. 410, nt. 44.

(64) Nonostante al Ministro fosse attribuito il potere di disporre la durata del regime speciale entro un massimo ed un minimo, nella prassi raramente il Guardasigilli si avvaleva del termine massimo. Per questa considerazione v. *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della crimi-*

Verosimilmente, secondo la dottrina, a giustificare tale dilatazione temporale rispetto alla precedente prassi erano, da un lato, esigenze organizzative di burocrazia ministeriale nonché, dall'altro, la necessità di evitare che l'eventuale reclamo avverso il decreto applicativo o di proroga venisse deciso “fuori tempo massimo”<sup>65</sup>. Infatti, anteriormente all'intervento legislativo del 2002, era più volte accaduto che, nelle more del giudizio di impugnazione (i tribunali di sorveglianza disattendevano sistematicamente il termine di dieci giorni per la decisione<sup>66</sup>), il provvedimento oggetto di gravame perdesse efficacia (a causa dello spirare del termine semestrale) e venisse quindi “sostituito” da uno nuovo con la conseguenza che il ricorso avverso il vecchio decreto finiva per essere dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse ad impugnare<sup>67</sup>. Questa eventualità determinava un inaccettabile vuoto di tutela giurisdizionale a cui il legislatore, anche a seguito dei moniti della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>68</sup>, ha rimediato dilatando

---

*nalità organizzata mafiosa o similare, Relazione al Parlamento sulle questioni emerse in sede di applicazione della nuova normativa in tema di regime carcerario speciale previsto dall'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975 n. 354, modificata dalla legge 23 dicembre 2002, n. 279) approvata nella seduta del 8 marzo 2005, doc. XXIII n. 13, p. 13, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it): «La Commissione sollecita, inoltre, una riflessione sulla scelta politica del Ministro di contenere nel minimo (un anno) la durata dei decreti di applicazione del regime differenziato emessi nel corso del 2003, laddove la nuova legge consente una durata pari al doppio. Nel senso della maggiore durata si è opportunamente espresso il Procuratore nazionale antimafia nel corso della sua audizione» (p. 21).*

(65) A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 298; L. CESARIS, sub art. 41-bis ord. penit., in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 433.

(66) V. per tutte Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, n. 25498/94, Messina c. Italia.

(67) Per questa soluzione giurisprudenziale v. Cass., Sez. Un., 24 marzo 1995, n. 10, Meli, in *Riv. pen.*, 1996, p. 61 secondo cui essendo decorso il termine finale di applicazione del trattamento carcerario differenziato previsto dal decreto ministeriale, si deve ritenere venuto meno l'interesse processuale del ricorrente alla proposta impugnazione e pertanto, il ricorso va dichiarato inammissibile. Nella medesima direzione Cass., Sez. I, 24 novembre 1995, n. 6047, Bianco, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3770. In dottrina riportano tale circostanza, tra gli altri, P. CORVI, *op. cit.*, p. 179, nt. 187; L. CESARIS, sub art. 41-bis ord. penit., 2006, cit., p. 433; A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 298. V. anche *Senato della Repubblica. XV Legislatura. Relazione sullo stato di attuazione della legge recante modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, (Trasmessa alla Presidenza il 28 febbraio 2007), Doc. CCXXXI n. 1, p. 6, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(68) Corte eur. dir. uomo, 30 ottobre 2003, n. 41576/98, Ganci c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 8 febbraio 2005, n. 60915/00, Bifulco c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 2005, n. 53720/00, Gallico c. Italia; Corte eur. dir. Uomo, 10 novembre 2005, n. 56317/00, Argenti c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 4 dicembre 2007, n. 60395/00, Papalia c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, n. 74912/02, Enea c. Italia, Corte eur. dir. uomo, 6 febbraio 2010, n. 16436/02, Barbaro c. Italia. Cfr. sul punto P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1194 e s.; C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei di-*

lo *spatium temporis* di efficacia del provvedimento ministeriale<sup>69</sup>.

Allo scopo di irrigidire ulteriormente il “carcere duro”<sup>70</sup>, la novella del 2009, da un lato, come s'è detto, ha raddoppiato i termini di durata del decreto tanto di prima applicazione quanto di proroga che ora sono rispettivamente di quattro e di due anni, e, dall'altro, eliminando ogni margine di discrezionalità per l'amministrazione, le ha precluso la possibilità di graduare entro un minimo ed un massimo l'efficacia temporale del regime differenziato, come invece era previsto dalla disciplina *ante* riforma<sup>71</sup>.

Parte della dottrina non ha mancato di manifestare critiche riguardo a tale scelta legislativa, evidenziando come con essa sia stata aggravata l'afflittività del “carcere duro”<sup>72</sup>, nonché sia stato annullato il principio di individualizzazione del

---

*ritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, f. 3, p. 223 e ss. il quale evidenzia come, tra l'altro, nella sentenza Ganci c. Italia la Corte di Strasburgo abbia condannato il nostro paese per la violazione non dell'art. 13 CEDU bensì per la più grave violazione dell'art. 6 CEDU.

(69) In merito a tale scelta operata dal legislatore, si esprime in modo critico A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 299 e s., nt. 29 il quale ritiene che «non [sia] affatto possibile fare leva [...] sulle disfunzioni organizzative e sui tempi dilatati del procedimento di sorveglianza per legittimare l'opzione legislativa volta ad ampliare il termine di efficacia dell'art. 41-bis comma 2 ord. penit.». Nella medesima direzione L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2006, cit., p. 433. *Contra* C. MINNELLA, *op. cit.*, p. 227; B. BOCCHINI, *Carceri e sistema penitenziario*, in *Dig. Pen. Agg.*, III, tomo 1, Torino, 2005, p. 132 e s.; A. DI GIOVANNI, *Forma, contenuto e impugnabilità*, cit., p. 57 secondo cui «non può che accogliersi positivamente la prevista ampliata delimitazione temporale». Ancorché si avrà modo di analizzare in maniera più dettagliata l'argomento nel prosieguo del lavoro, pare tuttavia opportuno segnalare come, a seguito della riforma del 2002, la situazione di mancata tutela giurisdizionale di cui trattasi abbia trovato più adeguato rimedio nell'elaborazione giurisprudenziale: in linea con gli insegnamenti della Corte di Strasburgo, la Cassazione ha ribaltato il precedente orientamento cui si è fatto cenno (Cass., Sez. Un., 24 marzo 1995, n. 10, Meli, *cit.*), riconoscendo la sussistenza dell'interesse ad impugnare anche qualora il provvedimento sottoposto a gravame sia scaduto e quindi sostituito. In tal senso v. per tutte Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, Zara, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2294: «rispetto al provvedimento ministeriale di applicazione o di proroga del regime speciale di detenzione dell'art. 41 bis l. n. 354 del 1975, anche quando ne siano scaduti gli effetti per lo spirare del termine di efficacia, non può ritenersi venuto meno l'interesse del ricorrente alla proposta impugnazione, della quale non va pertanto dichiarata l'inammissibilità per carenza di interesse. Ciò alla luce di quanto previsto nella nuova disciplina introdotta con l. n. 279 del 2002 che, in caso di revoca della misura in sede giudiziaria, obbliga il ministro, ove intenda disporre un nuovo provvedimento, a tener conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziando elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo». In dottrina cfr. sull'argomento S. ARDITA, *Sulla permanenza dell'interesse ad impugnare e sull'obbligo di motivazione del provvedimento di reiterazione del regime detentivo speciale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2297 e s.; L. BLASI, *Più garanzie sul “carcere duro”*, in *Dir. e giust.*, 2004, f.11, p. 30 e ss.

(70) P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 149; M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, cit., p. 1081.

(71) Per tutti M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, cit., p. 1081.

(72) V. sul punto C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*, cit., p. 410. G. FRIGO,

trattamento e ciò attesa l'impossibilità di regolare l'applicazione del regime in relazione alle esigenze poste dal singolo detenuto ed alla pericolosità sociale dello stesso<sup>73</sup>.

L'interpolazione in esame lascia, tuttavia, intendere che il legislatore abbia recepito, *in subiecta materia*, l'idea di chi ritiene che le norme a contenuto preventivo – a differenza di quelle sanzionatorie, le quali impongono una dosimetria della pena – non si prestino ad applicazioni differenziate<sup>74</sup>. Ed infatti, anche con riferimento all'impossibilità di modulare la durata del provvedimento sospensivo, emerge la scelta di improntare ogni decreto ministeriale, sia sotto il profilo contestuale che sotto quello temporale (appuntamento), ad un unico rigido paradigma.

Quest'ultimo aspetto non manca di suscitare dei dubbi: essendo verosimilmente variabile la pericolosità dei “detenuti differenziati”, sarebbe stato forse preferibile fissare la durata del provvedimento entro un minimo e un massimo onde anticipare o posticipare, a seconda delle esigenze, la “verifica” in sede di proroga circa l'attuale necessità o meno di mantenere il soggetto al “carcere duro”.

La scelta di dilatare, dal punto di vista temporale, l'operatività del medesimo pare non possa essere avvalorata nemmeno in considerazione del dato empirico in ordine alla tendenziale stabilità che, per consolidata esperienza giudiziaria<sup>75</sup>, connota il vincolo associativo intercorrente tra i componenti la compagine mafiosa: infatti, se rispetto ai vertici delle organizzazioni criminali l'*affectio societatis* è tanto forte da escludere verosimilmente che la pericolosità sociale di questi ultimi possa scemare in breve tempo, all'opposto può ritenersi che simile considerazione

---

*La deroga*, cit., p. 42 e s. definiva “peggiorativa” già l'estensione temporale operata con la riforma del 2002.

(73) M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 905 e s. L'Autrice prospetta una violazione dell'art. 3 Cost. – in quanto la previsione in argomento impedisce di trattare in modo differente situazioni giuridiche diverse – nonché, con riferimento agli imputati, dell'art. 27 comma 2 Cost. essendo, la posizione di questi ultimi, equiparata quella dei condannati. In senso critico rispetto a questa modifica operata con la riforma del 2009 v. anche L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 469; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 149. Ritiene, invece, apprezzabile l'intervento normativo il *Consiglio Superiore della Magistratura, Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”*, delibera del 10 giugno 2009, in *www.csm.it*, p. 4.

(74) S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 85 e ss.

(75) V. per tutti G. FALCONE, *Cose di cosa nostra*, Milano, 2012, p. 111: «entrare a far parte della mafia equivale a convertirsi a una religione. Non si cessa mai di essere preti. Né mafiosi».

non valga per coloro che occupano posizioni di livello inferiore<sup>76</sup>, con la conseguenza che l'omologazione dei detenuti al 41-*bis* finisce per risolversi in una violazione del principio di uguaglianza.

Attese queste considerazioni, si può qui condividere la proposta avanzata dagli Stati Generali dell'esecuzione penale là dove si “invita” a ripristinare «un margine di discrezionalità tra il minimo ed il massimo» ridando al regime speciale una durata «non inferiore ad un anno e non superiore a due [...] prorogabile nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno», sulla scorta di quanto a suo tempo previsto dalla riforma del 2002<sup>77</sup>.

Da ultimo, per quanto concerne la notifica del decreto applicativo del “carcere duro”, la circolare ministeriale 9 ottobre 2003 n. 3592/6042 ha specificato i relativi adempimenti che devono essere curati dalla direzione dell'istituto, precisando in particolare che si deve procedere alla formale notifica ed all'esecuzione del provvedimento nello stesso giorno di ricezione del medesimo, previa consegna della copia all'interessato. Inoltre, atteso che il dettato normativo dell'art. 41-*bis* comma 2-*quinqües* ord. penit. ha riconosciuto anche al difensore del detenuto il diritto di impugnare il decreto ministeriale<sup>78</sup>, la suddetta circolare ha disposto come, a tal fine, in capo al direttore dell'istituto incomba l'onere di comunicare an-

---

(76) Secondo il dottor Vincenzo Macrì «per boss di grande rilevanza locale e nazionale i quattro anni iniziali possono andare molto bene, ma per un personaggio minore si potrebbe anche graduare il termine da un minimo ad un massimo». *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, Audizione del procuratore aggiunto della Direzione Nazionale Antimafia, dottor Vincenzo Macrì, sul regime detentivo speciale previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354*, Resoconto stenografico n. 45 dell'11/05/2010, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it), p. 12.

(77) Cfr. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, p. 17, reperibile al sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Ove la proposta venisse approvata, il secondo periodo dell'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit. sarebbe così sostituito: «Il provvedimento medesimo ha durata non inferiore ad un anno e non superiore a due ed è prorogabile nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno».

(78) Secondo la giurisprudenza di legittimità «qualora il decreto di applicazione o di proroga del regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. sia stato notificato anche al difensore, in ossequio all'art. 2 della Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria n. 100844 del 9 ottobre 2003, il termine per il difensore per proporre reclamo decorre dal momento della notifica a lui effettuata». Nella specie, la Corte ha cassato la decisione del tribunale di sorveglianza che aveva considerato tardivo il reclamo del difensore proposto oltre il termine di 20 giorni dalla notifica del decreto di proroga al detenuto, ma entro i termini decorrenti dalla notifica a lui effettuata. Così Cass., Sez. I, 19 dicembre 2011, n. 3634, C.G., in *CED Cass.*, n. 251851. Cass., Sez. I, 12 ottobre 2011, n. 98, B.A., in *Cass. pen.*, 2013, p. 331.

che a costui l'emissione e l'avvenuta notifica del provvedimento sospensivo<sup>79</sup>.

#### **4. La proroga: onere della prova e presupposti per la reiterazione del regime speciale**

L'operatività del regime detentivo speciale, una volta spirato il termine di quattro anni del decreto di prima applicazione, può essere prorogata *sine die*<sup>80</sup> per successivi periodi, ciascuno pari a due anni, «quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno»<sup>81</sup>.

Tale statuizione normativa, frutto dell'intervento riformatore del 2009, ha interpolato nel senso di cui sopra la previgente formulazione («purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno») in ordine alla quale erano sorte questioni esegetiche di non poco rilievo. In particolar modo, il problema di interpretazione risiedeva nel fatto che il disposto legislativo *ante* riforma, declinato attraverso l'impiego di una condizione negativa, dava adito a dubbi (per vero piuttosto fondati, stante il tenore letterale della norma) circa la ripartizione dell'onere della prova, non essendo chiaro se, ai fini della proroga, fosse l'autorità amministrativa a dover accertare la perdurante capacità del detenuto di mantenere contatti con la consorterìa criminale di riferimento ovvero se incombesse all'interessato la dimostrazione del venir meno di tale capacità<sup>82</sup>.

Ciò tuttavia, v'è da segnalare come in sede giurisprudenziale, tanto la Cassazione quanto la Consulta avessero escluso un'inversione dell'*onus probandi*<sup>83</sup>, ri-

---

(79) Per queste ed altre indicazioni v. circolare ministeriale 9 ottobre 2003 n. 3592/6042.

(80) In dottrina si è osservato come in assenza di una soglia massima il regime possa essere prorogato indefinitamente. Cfr. P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 179 e s.; M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1289.

(81) M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 780 evidenzia come nella formulazione dei presupposti legittimanti la proroga riecheggino le parole della Corte costituzionale (ord. 417/04).

(82) Riporta tale circostanza A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 447, nt. 18.

(83) Parla di inversione dell'onere della prova Trib. Sorv. Milano, 7 ottobre 2004, in *Foro ambr.*, 2004, p. 514 ove si legge che «il legislatore ha inteso determinare un meccanismo di proroga fondato sull'inversione dell'onere della prova. Spetta conseguentemente al detenuto dimostrare con prova positiva di aver stabilmente rescisso i suoi legami con l'associazione criminosa».

manendo 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»<sup>84</sup> e spettando all'amministrazione penitenziaria il compito di “provare” l'esistenza delle condizioni per la proroga<sup>85</sup>.

Tale condivisibile orientamento ermeneutico è stato recepito *per tabulas* dal legislatore del 2009 il quale, declinando in positivo la formulazione del nuovo comma 2-*bis*, ha inequivocabilmente scongiurato il presagio – talora (in passato) prefigurato da alcuni interpreti<sup>86</sup> – di una intollerabile *probatio diabolica* in capo al detenuto ed ha, invece, delineato un assetto normativo da cui è agevole cogliere come l'onere della prova sia posto a carico dell'amministrazione<sup>87</sup>: di talché «incombe al Ministro, prima di disporre la proroga, verificare, con richiesta agli organi investigativi, se risultino modificate le condizioni rispetto al momento della prima applicazione. Ove, in esito a tali disposti accertamenti, venga comunicato che il quadro di pericolosità persiste immutato, la proroga potrà essere disposta»<sup>88</sup>.

(84) Così Corte cost., ord. 23 dicembre 2004, n. 417, *cit.*

(85) In giurisprudenza di legittimità, cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 8056, Madonia, in *Cass. pen.*, 2006, p. 660; Cass., Sez. I, 4 aprile 2006, n. 15283, O., in *Cass. pen.*, 2008, p. 4600; Cass., Sez. I, 4 marzo 2004, n. 19894, Di Martino, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2092; Cass., Sez. I, 22 dicembre 2004, Marchese, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3082. In dottrina, prima della riforma del 2009, v. per tutti A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 299, nt. 30.

(86) Cfr. L. FILIPPI, *La “novella” penitenziaria*, *cit.*, p. 32 secondo cui non è evidentemente possibile offrire la prova di ciò che non sussiste, cioè l'inesistenza di collegamenti con organizzazioni criminali terroristiche o eversive. V anche G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 415.

(87) In dottrina v. L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, *cit.*, p. 470; C. FIORIO, *La motivazione del provvedimento di proroga del regime carcerario differenziato*, in *G. it.*, 2014, p. 712; A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 453; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, *cit.*, p. 181. Secondo S. ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis o. p.*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 359 «le disposizioni sulla proroga prevedono non una inversione, ma una “ripartizione” dell'onere della prova. Spetta infatti al ministro della giustizia, in sede di prima applicazione, provare la pericolosità di un soggetto, il vincolo con una organizzazione criminale e la sua capacità di mantenere collegamenti con l'esterno; mentre ricade sull'interessato l'onere di evidenziare il venire meno di tali collegamenti, sempre che l'Amministrazione penitenziaria non ne abbia già avuto in altro modo conoscenza».

(88) Testualmente F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 74. Nella stessa direzione M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 216. In giurisprudenza v. in tal senso Cass., Sez. I, 23 settembre 2009, n. 41316, Zagaria, in *CED Cass.*, n. 245048 secondo cui «sussiste a carico dell'Amministrazione l'obbligo di indicare i positivi elementi che fondano il pericolo di collegamenti con l'associazione mafiosa di provenienza e il dovere, per il Giudice della 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 senza possibilità di inversioni dell'onere della pro-

Peraltro, prevede l'art. 41-*bis* ord. penit., che la reiterazione del regime speciale debba avvenire «nelle stesse forme» della prima applicazione: donde la necessità che il Ministro della giustizia segua l'*iter* procedimentale scandito dal comma 2-*bis*<sup>89</sup>, dovendo esperire l'attività istruttoria propedeutica all'acquisizione delle necessarie informative con lo scopo di valutare la permanente gravità e persistente attualità delle esigenze di prevenzione, riferite al gruppo criminale organizzato operante all'esterno (criterio di riferimento oggettivo) nonché la perdurante rilevanza del ruolo del soggetto all'interno dell'associazione criminosa (criterio soggettivo)<sup>90</sup>. A tal fine, nella prassi, la Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento, organo (tra l'altro) deputato alla cura dell'istruttoria diretta all'emissione del decreto, nei sei mesi anteriori alla sua scadenza, richiede le necessarie informazioni alla D.D.A. competente, alla D.N.A. ed agli organi di Polizia ed investigativi al fine di ottenere un articolato giudizio su entrambi i profili (oggettivo e soggettivo) sopra evidenziati, da cui dipenderà la proroga del provvedimento di applicazione e la sua “tenuta” rispetto al controllo giurisdizionale<sup>91</sup>. La bozza di

---

va».

(89) Sul punto cfr. R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 208; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 181; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 470. In giurisprudenza v. Cass., Sez. II, 22 dicembre 2004, n. 5196, Marchese, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3082: «In materia di proroga del regime carcerario differenziato, le condizioni della stessa vanno individuate [...] attraverso il riferimento all'identità delle forme [...] che richiama le modalità procedurali dell'esercizio del potere e la necessità del decreto motivato del Ministro della giustizia».

(90) Testualmente *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 24 e s. ove si specifica che «il rigore della norma impone di dare atto nel testo dei decreti di proroga dell'effettuazione – e delle risultanze – di una istruttoria il più possibile completa».

(91) In particolare, in ordine alla presenza del presupposto oggettivo relativo alla permanente gravità ed alla persistente attualità delle esigenze di prevenzione occorre verificare: se il gruppo di appartenenza sia attualmente attivo e presente sul territorio, con indicazione dei reati fine (per numero e/o per episodio) riferibili al gruppo medesimo; se in concreto la potenzialità organizzativa del gruppo criminale sia venuta meno, se si sono verificati nuovi elementi da cui desumere una minore operatività dello stesso, anche in riferimento al ruolo ed alla situazione personale del detenuto. Con riguardo al presupposto soggettivo relativo alla situazione personale del singolo detenuto occorre, invece, accertare: se si siano verificate sopravvenienze da cui desumere un mutamento del ruolo e della posizione del detenuto all'interno dell'organizzazione ed in particolare se lo stesso abbia operato condotte che si pongano in conflitto con la sua appartenenza al gruppo in posizione di vertice, ovvero se sia stato abbandonato dall'organizzazione; se il decorso del tempo trascorso in detenzione, unito ad altri fattori, abbia mutato il ruolo e la funzione del soggetto all'interno dell'organizzazione. Si chiedono, poi, le seguenti ulteriori informazioni: i rapporti e le indagini tuttora in atto sul gruppo criminale di riferimento del detenuto, nei limiti consentiti dal segreto investigativo; gli esiti delle indagini patrimoniali sul tenore di vita della sua famiglia e sulle fonti di reddito che possono giustificarlo, al fine di dimostrare l'eventuale finanziamento da parte della cosca di appar-

decreto ministeriale così predisposta viene poi presentata al Guardasigilli per la firma.

Come già si è visto in relazione alla fase applicativa del “carcere duro”, si ripropone qui, in maniera altrettanto preoccupante, il problema dell'esclusione del detenuto da tale sequenza procedimentale poiché la giurisprudenza – anche con riferimento all'*iter* di proroga – nega l'ostensione al medesimo del materiale informativo e investigativo, nonché l'applicabilità dell'art. 7 l. 241/90, con relativa impossibilità per l'interessato di partecipare al procedimento<sup>92</sup>. Le perplessità verso questa impostazione sono peraltro destinate ad infittirsi in considerazione del fatto che gli organi investigativi coinvolti nella fase istruttoria sono portatori di un interesse contrapposto a quello del detenuto e potrebbe quindi apparire inverosimile che tali soggetti forniscano dati comprovanti il venir meno delle esigenze di prevenzione<sup>93</sup>.

Nondimeno, come precisato in più occasioni tanto dalla giurisprudenza (sia di legittimità che costituzionale) quanto dalla dottrina, l'amministrazione non può ritenersi esonerata dal dover individuare ed indicare nel decreto di proroga gli elementi dai quali è desumibile la persistente capacità del detenuto di allacciare

---

tenenza che costituisce prova dei collegamenti attuali col gruppo criminale; la conduzione da parte di parenti o affini di attività economiche e/o imprenditoriali; se vi siano latitanti della medesima organizzazione; ovvero se l'organizzazione d'appartenenza abbia comunque esponenti che si trovino in stato di libertà; ogni altro elemento, anche privo di rilevanza penale e dei requisiti di validità processuale (annotazioni, relazioni di servizio), ma tuttavia idoneo a rivelare i rapporti del detenuto – anche per il tramite della famiglia – con il gruppo criminale di appartenenza. In questi termini *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 25 e s.

(92) Sul punto v. Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, in *F. it.*, 2005, f. 2, p. 184: «in relazione alla proroga del decreto ministeriale applicativo del regime di sospensione delle regole di trattamento penitenziario, non comportano nullità né la mancata comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento amministrativo, né l'omessa ostensione al medesimo del materiale informativo e investigativo, né l'assenza di parere del p.m. quando risultino acquisiti i pareri della direzione distrettuale e della direzione nazionale antimafia, dato che le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa sono destinate a dispiegarsi compiutamente nel procedimento giurisdizionale che si instaura davanti al tribunale di sorveglianza a seguito della proposizione del reclamo». Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2658., S., in *Cass. pen.*, 2006, p. 1109; Trib. Sorv. Torino, 19 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, p. 1152: «Il Ministro, nell'adottare il decreto di proroga del regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. non è tenuto a depositare le informative sulle quali tale misura si fonda».

(93) Trib. Sorv. Napoli, 14 marzo 2003, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 18, p. 89 evidenzia come sia improbabile che gli organi investigativi forniscano elementi da cui risulti che la capacità del detenuto di mantenere contatti con associazioni criminali è venuta meno. In dottrina, perviene alla medesima conclusione C. SASSI, *op. cit.*, p. 148.

rapporti con la consorterìa criminale di riferimento<sup>94</sup>. Si è in particolar modo sottolineato come, alla stregua di quanto avviene in sede di prima applicazione, anche i provvedimenti ministeriali di reiterazione del regime speciale debbano recare «una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che [l'applicazione del 41-*bis* mira] a prevenire, non potendosi ammettere semplici proroghe immotivate del regime differenziato, né motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte»<sup>95</sup>. Peraltro, autorevole dottrina ha sottolineato come tale obbligo costituisca «un presupposto ineludibile del provvedimento di proroga»<sup>96</sup> giacché la motivazione rappresenta il momento di sintesi degli argomenti che sono sottesi al decreto ministeriale, ed il suo articolato dà conto, al soggetto che è sottoposto al

---

(94) P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 182. V. anche L. FILIPPI, *Proroga del regime di cui all'art. 41 bis ord. penit. e «giudicato di sorveglianza»*, in *G. it.*, 2005, p. 1061.

(95) Così Cass., Sez. III, 27 luglio 1999, n. 2698, G.F., in *CED Cass.*, n.214351. Cfr. Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, *cit.* secondo cui « ogni provvedimento di proroga delle misure dovrà recare una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire: non possono ammettersi semplici proroghe immotivate del regime differenziato, né motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte». Nella medesima direzione v. *ex plurimis* Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, Zara, *cit.*; Cass., Sez. I, 22 dicembre 1995, Furnari, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1969; Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, Mazzitelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3403; Cass., Sez. I, 19 ottobre 2005, n. 41717, in *CED Cass.*, n. 232889; Cass., Sez. I, 4 marzo 2004, n. 19894, in *Dir. e giust.*, 2004, f. 41, p. 110: «È manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 41 *bis*, comma 2 *bis*, l. n. 354/75 (cd. "ordinamento penitenziario"), posta in relazione agli art. 3, 13, 27 e 111 Cost., nella parte in cui prevede la prorogabilità del provvedimento di sospensione delle regole di trattamento adottato dal ministro della giustizia "purché non risulti" che i contatti con le associazioni criminali siano venuti meno, atteso che detta previsione non comporta alcuna inversione, a carico del detenuto, dell'onere di provare l'avvenuta cessazione della sua capacità di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive, in quanto anche per i decreti di proroga si richiede un'autonoma e congrua motivazione, sindacabile dal giudice in sede di reclamo, in ordine all'attuale esistenza del pericolo per l'ordine e la sicurezza derivante dalla persistenza di vincoli con la criminalità organizzata». Inoltre v. Trib. Sorv. Napoli, 28 febbraio 2005, in *Giur. merito*, 2006, p. 416. V. tuttavia Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 8056, Madonna, *cit.*: «la possibilità di reiterare il provvedimento applicativo del regime speciale anche solo sulla circostanza che non risulti che la capacità del detenuto di avere contatti con l'esterno sia venuta meno, non vuol dire affatto che la reiterazione può avvenire in maniera automatica e immotivata. Al contrario, rimane intatto l'obbligo del giudice di individuare ed evidenziare gli elementi da cui "risulti" che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno. [...] Tutt'al più, si potrà ritenere che sussista a carico dell'interessato un onere di allegazione degli elementi di fatto da cui sia possibile dedurre che la capacità di mantenere i collegamenti con l'esterno sia venuta meno; ma su tali allegazioni il giudice avrà comunque l'obbligo di esprimere motivatamente il proprio giudizio».

(96) In questi termini si esprime S. ARDITA, *La costituzionalità del 41-bis e l'obbligo di motivazione della proroga*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1562.

“carcere duro”, della congruità delle ragioni che giustificano la reiterazione dello stesso<sup>97</sup>.

Ai fini della proroga del regime detentivo speciale, il *thema probandum* è costituito non dall'attualità di collegamenti tra il detenuto e la compagine mafiosa operante sul territorio (come invece richiesto in sede di prima applicazione) quanto piuttosto dalla capacità del medesimo di riallacciare quei legami con l'associazione criminale che il 41-*bis* mira ad interdire<sup>98</sup>. La prima ipotesi, infatti, è stata decisamente respinta dalla dottrina – oltre che a chiare lettere dal legislatore – poiché si risolverebbe in un'assurda contraddizione postulando, per la proroga del regime speciale, il fallimento di fatto del medesimo, e ciò in quanto l'attualità dei contatti criminosi può darsi soltanto qualora l'istituto non sortisca i suoi effetti<sup>99</sup>. La soluzione al contrario accolta dal disposto normativo, vale a dire la seconda sopra citata, se da un lato risulta assai più corretta e verosimile della prima, dall'altro finisce per prospettare a carico del Ministro una valutazione particolarmente complessa, sottintendendo una prognosi di pericolosità sociale fondata su un giudizio presuntivo circa la «capacità di mantenere collegamenti», attitudine soggettiva tutt'altro che “tangibile”.

Cionondimeno, secondo la giurisprudenza di legittimità, «ai fini della proroga della sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento nei confronti dei soggetti condannati per taluno dei delitti menzionati dall'art. 41 *bis*, comma secondo, legge 26 luglio 1975 n. 354, la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, richiesta dalla norma, non deve essere dimostrata in termini di certezza, essendo necessario e sufficiente che essa possa es-

---

(97) Per questa considerazione v. S. ARDITA, *Sulla permanenza dell'interesse ad impugnare*, cit., p. 2298.

(98) Sulla differenza tra l'oggetto della prova in sede di prima applicazione ed il *thema probandum* ai fini della proroga cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, p. 455; A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 299; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 180. In giurisprudenza Cass., Sez. I, 7 dicembre 2007, n. 47445, *inedita* distingue i «meno rigorosi criteri valutativi di cui al comma 2 *bis*, ult. parte, implicanti la mera capacità (ovvero la potenziale attitudine) del detenuto di mantenere contatti con associazioni criminali» rispetto «ai più rigorosi criteri di cui al comma 2, alla cui stregua occorre l'effettivo accertamento di elementi tali da far ritenere la sussistenza (ovvero la concreta esistenza ed attualità) di collegamenti con un'associazione criminale».

(99) Sul punto cfr. diffusamente V. GREVI, *In tema di presupposti per la proroga del regime carcerario differenziato ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4593.

sere ragionevolmente ritenuta probabile sulla scorta dei dati conoscitivi acquisiti»<sup>100</sup>.

### **5. Segue. *La perdurante capacità di mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale***

Spirato il termine di efficacia del decreto di prima applicazione (o di proroga) del “carcere duro”, il Ministro della giustizia, nel decidere se prorogare (o ri-prorogare) la sospensione delle ordinarie regole del trattamento, può trovarsi di fronte a non meno di tre differenti situazioni. a) Sono emersi nuovi elementi (si pensi, a titolo esemplificativo, a recenti incriminazioni, a tentativi di aggirare il “carcere duro”, ecc.) che dimostrano la perdurante capacità del detenuto di allacciare rapporti con il gruppo criminale di riferimento: in questo caso il Guardasigilli potrà adeguatamente motivare la reiterazione del regime speciale a carico del soggetto *in vinculis* allegando le sopravvenute circostanze comprovanti l'attuale esigenza di prevenzione nonché, eventualmente, confermando quelle che, a suo tempo, avevano giustificato l'applicazione dell'istituto. b) Sono emersi nuovi elementi tali da dimostrare il venir meno della capacità del detenuto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata: il che può avvenire, ad esempio, nel caso in cui il tale soggetto decida di collaborare con la giustizia, venga estromesso (“posato”) dall'associazione mafiosa o simili. È evidente come in questi casi il Ministro non reitererà ulteriormente l'applicazione del “carcere duro” – qualora questa non sia già stata revocata – essendone venute meno le esigenze. c) Non sono

---

(100) Così Cass., Sez. I, 6 febbraio 2015, n. 18791, C., in *CED Cass.*, n. 263508. Nella stessa direzione Cass., Sez. I, 28 settembre 2005, n. 39760, Emmanuello, in *CED Cass.*, n. 232684; Cass., Sez. I, 29 ottobre 2004, n. 46013, P.G. in proc. Foriglio, in *CED Cass.*, n. 230136. In dottrina v. S. ARDITA, *La costituzionalità del 41-bis e l'obbligo di motivazione della proroga*, cit., p. 1562 secondo cui l'applicazione delle misure di prevenzione non deve risentire delle categorie proprie del giudizio di cognizione. «L'equazione prova-punizione, ed il doveroso formalismo che ne discende, non appartiene neanche per un po' a questa categoria di procedimenti, che riconoscono la loro ragion d'essere nel binomio pericolo-prevenzione affatto diverso per presupposti di partenza e finalità di applicazione». Cfr. anche V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 12: «Come in ogni misura di prevenzione, gli elementi di prova richiesti hanno carattere indiziario, e sono fondati essenzialmente sulla comprovata appartenenza del soggetto ad associazione di tipo mafioso (o terroristico ed eversivo), risultante dal titolo di detenzione e da eventuali procedimenti pendenti, mentre per la proroga gli elementi indiziari sono rinvenibili, sostanzialmente, nella perdurante operatività e pericolosità della cosca di riferimento e nella mancanza di elementi positivi che facciano ragionevolmente ritenere che “la capacità” di mantenere quei collegamenti sia comunque venuta meno».

emersi nuovi ed ulteriori elementi rispetto a quelli accertati *ab origine*, idonei a confermare di per sé la perdurante capacità del detenuto di ristabilire collegamenti con l'organizzazione criminale.

In merito a tale ultima questione, nel tempo è emersa una folta elaborazione dottrinale e pretoria che, muovendo da quella che pare la più corretta e ragionevole esegesi dell'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit., ha permesso di superare, non senza (inevitabili) aspetti problematici, un orientamento ermeneutico che in passato aveva trovato particolare fortuna tra i giudici di merito<sup>101</sup>. Infatti, molti tribunali di sorveglianza, all'indomani della riforma del 2002, avevano abbracciato una distorta interpretazione della disciplina sulla proroga che faceva della mancanza di *facta supervenientes* a supporto dei decreti ministeriali di reiterazione del “carcere duro” una sovente causa di annullamento degli stessi<sup>102</sup>. Allorquando «sia decorso un notevole lasso di tempo dalla commissione dei delitti e il soggetto sia da anni ininterrottamente ristretto in regime derogatorio, l'ulteriore proroga – si diceva in giurisprudenza – deve essere supportata da circostanze recenti o fatti da cui possa desumersi il perdurare del vincolo associativo»<sup>103</sup>. Il tutto si risolveva in un'aporia pratica di non poco momento in quanto, attesa l'impossibilità di rinvenire nuovi elementi a sostegno del persistente legame con l'esterno di un detenuto a cui sia stato efficacemente applicato il regime speciale, si sarebbe dovuto concludere per la revoca di quest'ultimo ogni qual volta avesse raggiunto il suo scopo<sup>104</sup>.

---

(101) S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 181 evidenzia come tale orientamento – di cui ci si accinge ad evidenziare le linee essenziali –, pur non essendo maggioritario, avesse manifestato un certo grado di diffusione.

(102) In questa direzione v., per tutte, Trib. Sorv. Perugia, 30 giugno 2005, Benenati, *inedita*; Trib. Sorv. L'Aquila, 4 marzo 2003, n. 14/2003, Pulvirenti, *inedita*; Trib. Sorv. Torino, 11 aprile 2003, n. 2158/03, Rapisarda, *inedita*; Trib. Sorv. Napoli 28 febbraio 2005, n. 1661, in *Dir. e giust.*, 2005, f. 18, p. 46: «Il decreto ministeriale col quale viene disposta la proroga del regime differenziato di detenzione, di cui all'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, non può limitarsi a richiamare genericamente le ragioni che a suo tempo giustificarono l'adozione del provvedimento, ma deve congruamente motivare in merito alla sussistenza di ragioni attuali che rendano concreto il pericolo del perdurare dei collegamenti tra il detenuto e il sodalizio criminoso di appartenenza». In dottrina v. L. BLASI, *Carcere duro, la proroga va motivata*, in *Dir. e giust.*, 2005, f. 18, p. 44 e ss.

(103) Così Trib. Sorv. Roma, 27 maggio 2003, *inedita*.

(104) S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 112. Secondo il medesimo Autore (p. 183 e s.) l'assurda conseguenza di tale distorta interpretazione sarebbe stata, da un lato, la revoca del regime speciale nei confronti dei “capi storici” delle organizzazioni mafiose da anni detenuti e sottoposti al 41-*bis* e, dall'altro, l'applicazione della disciplina *extra ordinem* unicamente alle “nuove leve” vale a dire quei soggetti che, essendo da poco in carcere, potrebbero essere raggiunti da ele-

La Corte di cassazione ha di fatto destituito di fondamento tale impostazione ermeneutica, evidenziando che l'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit. «non richiede, né può richiedere, la dimostrazione del fatto che il detenuto sia riuscito a violare o comunque ad aggirare il regime speciale di detenzione (il che sarebbe un controsenso, pretendendosi la prova generalizzata del “fallimento” di tale regime, che invece è stato istituito proprio per contenere la pericolosità dei detenuti collegati con le organizzazioni criminali onde impedire che i contatti continuino), dovendosi invece soltanto offrire quella – ben diversa – della permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le medesime misure mirano a prevenire»<sup>105</sup>. Prendendo, quindi, le mosse dalla constatazione che «dal mancato stabilirsi di contatti con l'esterno si desume l'efficacia del regime differenziato e non già la dimostrazione della sua incongruenza rispetto alla situazione di fatto»<sup>106</sup>, la giurisprudenza di legittimità ha propugnato un'esegesi in virtù della quale, ai fini della reiterazione del “carcere duro”, «non occorre la prova positiva di un attuale e reale contatto tra il detenuto e il gruppo criminale [...] ma è necessario accertare che non risulti venuta meno la capacità di mantenerlo»<sup>107</sup>.

A quest'ultimo proposito, dal panorama giurisprudenziale, emergono tuttavia differenti interpretazioni che offrono una fotografia molto variegata degli indirizzi che la Suprema Corte fornisce in merito alla questione della proroga. In alcune pronunce si ritiene, infatti, «sufficiente dimostrare, con adeguata motivazione, che, rispetto al passato, non siano sopravvenuti elementi di novità, suscettibili di eventuale approfondimento, tali da affievolire o da porre nel nulla la valenza degli

---

menti processuali più recenti. Evidenzia il dottor Vincenzo Macrì che «tale interpretazione ha condotto a un paradosso: se il regime detentivo conseguiva il suo effetto cioè quello di impedire i collegamenti, allora esso non poteva essere prorogato, perché non erano provati collegamenti con l'esterno. Se non li impediva e se quindi i collegamenti continuavano a esserci, allora poteva essere prorogato». *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, Audizione del procuratore aggiunto della Direzione Nazionale Antimafia, dottor Vincenzo Macrì, sul regime detentivo speciale previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354*, cit, p. 9.

(105) Così Cass., Sez. I, 28 settembre 2005, n. 39760, Emmanuello, in *CED Cass.*, n. 232684; Cass., Sez. I, 9 maggio 2006, n. 19093, S.S., in *CED Cass.*, n. 234179.

(106) In questi termini Cass., Sez. I, 20 ottobre 2005, n. 40220, Pariante, in *Cass. pen.*, 2007, p. 753.

(107) Così Cass., Sez. I, 21 settembre 2005, n. 36302, Grimaldi, in *CED Cass.*, n. 232114. Cfr. anche, nella stessa direzione, Cass., Sez. I, 28 settembre 2005, n. 39760, Emmanuello, *cit.*; Cass., Sez. I, 11 ottobre 2005, n. 43010, in *CED Cass.*, n. 232706.

elementi in precedenza valutati»<sup>108</sup> quali, in particolar modo, lo spessore criminale del soggetto, il ruolo da questo rivestito nell'ambito dell'organigramma delinquenziale, l'attuale operatività del sodalizio. In altri termini, in ossequio a tale principio di diritto, la prognosi circa la perdurante pericolosità del detenuto, quale sua potenziale attitudine a riallacciare i contatti con l'associazione mafiosa, è destinata a fondarsi su quei medesimi elementi che avevano giustificato *illo tempore* l'originario provvedimento di applicazione del regime speciale, salvo che nel mentre non siano emerse nuove circostanze idonee a far ritenere venute meno le esigenze di prevenzione che ispirano l'istituto *de quo*<sup>109</sup>.

Peraltro, siffatto orientamento giurisprudenziale è stato ritenuto conforme ai dettami della Consulta ed in particolare alla necessità che il decreto di reiterazione del “carcere duro” rechi «una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire»<sup>110</sup>: invero, detti pericoli, dovuti alla persistente capacità di collegamento del detenuto, secondo parte della dottrina, ben potrebbero essere dimostrati in termini di “attualità” anche sulla sola base delle circostanze di fatto rappresentate nel decreto di prima applicazione fintanto che non si registri la ri-

---

(108) Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, n. 12477, Putrone, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4587. Lasciando la parola alla giurisprudenza di legittimità, si può cogliere come tale principio di diritto abbia riscontrato particolare successo in diverse pronunce. Cfr. Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, n. 47668, Mazzitelli, in *CED Cass.*, n. 226471 secondo cui «nel procedere alla emissione del provvedimento di proroga, il Ministro dovrà [...] verificare la sussistenza delle condizioni che giustificarono la prima imposizione del trattamento differenziato, nonché l'assenza della prova positiva» circa il venir meno della capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con le organizzazioni criminali alle quali era associato; Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, Zara, *cit.* Ancora nella stessa direzione Cass., Sez. I, 15 novembre 2005, n. 43450, Graviano, in *CED Cass.*, n. 233194: «una volta verificata con sentenza passata in giudicato l'affiliazione di un detenuto – in posizione apicale – a un'associazione mafiosa di vaste proporzioni e caratterizzata da un antico e profondo radicamento su un ampio territorio (quale è notoriamente “Cosa Nostra”) la permanenza del vincolo associativo può ritenersi in qualche misura connaturata alla ontologia di tale associazione». In questo senso sembra orientarsi anche Cass., Sez. I, 4 ottobre 2006, n. 35462, M., *inedita*.

(109) Per queste considerazioni cfr. V. GREVI, *op. cit.*, p. 4594. V. tuttavia G. GIANNOCCARO, *La proroga del regime detentivo speciale tra pericolosità sociale necessaria ed esiti del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2015, p. 8 secondo cui «la semplice constatazione della mancata sopravvenienza di eventi che testimonino in modo certo la rottura con la realtà associativa non può essere ritenuta sufficiente a integrare il presupposto della proroga, a meno di svuotare di significato l'onere della prova posto a carico degli organi ministeriali».

(110) In questo senso Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, *cit.* e Corte cost., ord. 23 dicembre 2004, n. 417, *cit.*

correnza di un *quid novi* di segno opposto<sup>111</sup>.

Nondimeno, se questo è l'orientamento maggioritario, va detto che la Cassazione ha talvolta avanzato una diversa esegesi in virtù della quale la suddetta enunciazione secondo cui l'accertamento delle condizioni giustificative del provvedimento di proroga sarebbe da ritenersi presunto in assenza della prova positiva in ordine al venire meno della capacità del soggetto *in vinculis* di mantenere collegamenti rappresenta una «versione distorta della portata della normativa» di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit.<sup>112</sup>. posto che, in tal modo, la reiterazione del “carcere duro” finirebbe per essere giustificata «unicamente in base agli stessi presupposti che legittimarono l'originaria imposizione del regime, piuttosto che sulla scorta di concreti elementi denotanti la persistenza della capacità del detenuto di mantenere i contatti con il sodalizio di appartenenza»<sup>113</sup>. Anche una parte minoritaria della dottrina ha posto in evidenza come la persistente capacità del di mantenere contatti non possa mai fondarsi su una serie di pareri o informative privi del carattere dell'attualità ovvero meramente ripropositivi di quelli a suo tempo depositati in occasione dei precedenti rinnovi<sup>114</sup>.

Tale ultima impostazione non convince appieno in quanto, nelle parole della Corte e degli interpreti, sembra riecheggiare quell'orientamento, in passato particolarmente invalso tra i giudici di merito, secondo cui la proroga non può essere disposta in difetto di elementi oggettivi successivi ai fatti ormai lontani nel tempo. Invero, occorre a tal fine tenere in debito conto come, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, il rapporto associativo intercorrente tra i componenti la compagi-

(111) S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 127; V. GREVI, *op. cit.*, p. 4599.

(112) In questo senso Cass., Sez. II, 22 dicembre 2004, n. 5196, Marchese, *cit.*. In dottrina v., in senso critico rispetto a tale orientamento, S. ARDITA, *La Cassazione sancisce l'obbligo di motivare anche la prova negativa*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3085.

(113) Così Cass., Sez. I, 19 ottobre 2005, n. 41717, M.G., in *CED Cass.*, n. 232889; Cass., Sez. I, 4 ottobre 2006, n. 35901, M.L., *inedita*; Cass., Sez. I, 18 gennaio 2007, n. 4693, L.R., *inedita*. La Cassazione ha, inoltre, sottolineato come la perdurante operatività del sodalizio, il ruolo verticistico già occupato dal soggetto in seno ad esso ed l'assenza di comportamenti di dissociazione non possano considerarsi specifici ed autonomi elementi da cui inferire la persistente capacità del detenuto di mantenere contatti con le organizzazioni criminali posto che ciò equivarrebbe ad affermare che solo lo scioglimento delle stesse o l'avvio di una fattiva collaborazione con la giustizia da parte dell'associato possano valere a porre fine alla reiterazione, altrimenti lecita, dei provvedimenti di proroga. In questo senso Cass., Sez. I, 4 ottobre 2006, n. 35901, M.L., *cit.*; Cass., Sez. I, 19 ottobre 2005, n. 41717, M.G., *cit.* In dottrina v. M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 781.

(114) In questo senso M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 781.

ne mafiosa non si indebolisca per il solo fatto della detenzione<sup>115</sup>, con la conseguenza che, in sede di proroga del 41-bis, la perdurante capacità del soggetto *in vinculis* di ristabilire i contatti con il gruppo criminale di riferimento deve grosso modo ritenersi presunta<sup>116</sup>. D'altronde, detta presunzione, peraltro evidentemente relativa e superabile al sopravvenire di situazioni che dimostrino la recisione del vincolo associativo, «è fondata su una generalizzazione dotata di un forte substrato empirico»<sup>117</sup> giacché «è noto che la permanenza in carcere normalmente non recide i legami degli associati, e soprattutto dei capi, con l'associazione mafiosa»<sup>118</sup>.

Quanto detto non può tuttavia tradursi in una scorciatoia probatoria tale da rendere possibile l'automatica reiterazione del regime di compressione dei diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti<sup>119</sup>, essendo invece necessario, in considerazione del canone di ragionevolezza sancito implicitamente dalla Carta fondamentale all'art. 3 Cost., che la posizione di ogni singolo detenuto sia sottoposta ad adeguato vaglio critico da parte dell'autorità amministrativa, al fine di evitare che la sottoposizione del medesimo al “carcere duro” sia il frutto di una mera congettura quanto piuttosto di una concreta esigenza special-preventiva.

È, pertanto, doveroso che i decreti di proroga del regime differenziato sia-

---

(115) V. ampiamente V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 2 e ss. il quale evidenzia (p. 14) come la permanenza dei collegamenti possa considerarsi la regola mentre la loro interruzione costituisca l'eccezione. Cfr. sul punto anche A. LAUDATI, *Una storia infinita: il 41bis non merita censure di incostituzionalità*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 18, p. 95 secondo cui l'esperienza giudiziaria ha permesso di individuare nei capi detenuti veri e propri punti di riferimento per gli affiliati operanti all'esterno del carcere i quali restano spesso in attesa di ricevere ordini.

(116) Parlano, a tal proposito, di presunzione di persistenza della capacità, da parte del detenuto, di ristabilire i contatti con il gruppo criminale di riferimento S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 114; A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 453; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 182; F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 447; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 471; M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 216.

(117) Così A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 129.

(118) Così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2006, n. 14535, Librato, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3229.

(119) Testualmente Cass., Sez. I, 4 aprile 2006, n. 15283, Orefice, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4600. Nella medesima direzione v. Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, in *CED Cass.*, n. 230554: «non sono consentite, per una sorta di inammissibile automatismo, immotivate proroghe del regime di detenzione speciale, ovvero motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di concretezza e attualità le misure disposte».

no sorretti «da congrua ed autonoma motivazione in ordine agli specifici elementi, dai quali deve desumersi la permanenza attuale delle eccezionali ragioni di ordine e di sicurezza» che giustificano la sospensione delle ordinarie regole trattamentali<sup>120</sup>, la cui reiterazione deve trovare, perciò, precisa base giustificativa nell'effettiva e costante pericolosità del detenuto, qualificata dalla capacità dello stesso di mantenere collegamenti con le associazioni criminali<sup>121</sup>. Di talché la condizione per la proroga non può che essere oggetto di rigoroso accertamento mediante la valutazione di fatti precisi e concreti<sup>122</sup>, dovendo, quindi, l'amministrazione, fornire dati realmente significativi sulla persistenza della suddetta capacità e non potendo limitarsi a riprodurre la biografia delinquenziale e giudiziaria del detenuto, senza alcun riferimento ad altre apprezzabili e concrete circostanze idonee a provare l'attuale pericolosità dello stesso e la cessazione dei suoi legami con il consorzio criminale<sup>123</sup>.

A tal proposito, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato negli anni

---

(120) Così Cass., Sez. I, 6 ottobre 2011, n. 48396, Lucchese, in *CED Cass.*, n. 251583; Cass., Sez. I, 1 aprile 2008, n. 14697, *inedita* secondo cui «il provvedimento di proroga deve [...] contenere un'adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire sugli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali».

(121) Cass., Sez. I, 4 aprile 2006, n. 15283, Orefice, *cit.*

(122) In questi termini v. Cass., Sez. I, 20 gennaio 2005, n. 245, Bruno, in *G. it.*, 2005, p. 2354.

(123) Cass., Sez. I, 10 dicembre 2004, n. 4480, Galatolo, in *CED Cass.*, n. 230828. In alcune recenti pronunce si legge come il tribunale di sorveglianza in sede di controllo (e quindi, verosimilmente, l'autorità amministrativa in sede di emissione del decreto) sia tenuto «a porre in risalto il duplice dato della biografia delinquenziale del detenuto e dell'attuale operatività del sodalizio di appartenenza, accompagnando l'indicazione di indici fattuali, anche non coesistenti, sintomatici dell'attuale pericolo di collegamenti con l'esterno». Così Cass., Sez. VII, 18 dicembre 2014, n. 21749, Galatolo, *inedita*. Nella stessa direzione Cass., Sez. VII, 17 marzo 2015, n. 29187, Vitale, *inedita*; Cass., Sez. VII, 18 dicembre 2014, n. 21790, Greco, *inedita*. In dottrina v. L. BLASI, *Nessuna scorciatoia sul carcere duro. Per la proroga servono fatti, non ipotesi*, in *Dir. e giust.*, 2005, f. 29, p. 81 a parere del quale «non è legittimata la proroga quando le [informazioni delle autorità, poste alla base del decreto,] si limitino a riprodurre la biografia criminale del detenuto, senza che si apporti alcun apprezzabile riferimento ad altre circostanze idonee a provare l'attualità di contatti con la criminalità organizzata. La prova negativa fornita dall'imputato costituisce solo un'eventualità che il Tribunale di sorveglianza deve vagliare nell'ambito di un quadro probatorio complessivo il cui onere è a carico del ministro. Se così non fosse, il ricorso continuo a formule presuntive di pericolosità si tradurrebbe in continuate proroghe a catena del regime detentivo speciale a danno della lettera della legge e dei principi costituzionali». Secondo Cass., Sez. I, 14 gennaio 2009, n. 4428, Riedo, in *CED Cass.*, n. 242797 «la proroga del regime di detenzione differenziato previsto dall'art. 41-bis L. n. 354 del 1975 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». Nella stessa direzione Cass., Sez. I, 4 ottobre 2006, n. 35901, Mancuso, *inedita*; Trib. Sorv. L'Aquila, 14 novembre 2006, Bruno, *inedita*.

una serie di indici – oggi, in parte, codificati dalla riforma del 2009 (come si vedrà a breve) – da cui è possibile desumere *aliunde* la capacità o meno del detenuto di riallacciare i contatti con il crimine organizzato. In definitiva, quindi, il Ministro guardasigilli, ai fini della proroga del “carcere duro”, sarà tenuto ad indicare, sulla base di tali parametri, gli elementi fattuali sintomatici di un concreto pericolo di collegamenti con l'esterno, non neutralizzato dalla presenza di indici di segno contrario<sup>124</sup> e tale da non poter essere adeguatamente fronteggiato con il regime detentivo ordinario<sup>125</sup>.

Una volta accertata, in senso positivo, la sussistenza delle condizioni per la reiterazione della disciplina *extra ordinem*, il detenuto avrà la possibilità di proporre reclamo avverso tale accertamento ed anzi il giudizio di fronte al tribunale di sorveglianza costituirà un momento decisivo, posto che solo allora l'interessato potrà far valere le sue difese e presentare eventuali circostanze idonee a comprovare il venir meno delle esigenze di prevenzione. Ne deriva, pertanto, che il giudice dell'impugnazione sarà obbligato «a valutare gli elementi indicati nel decreto ministeriale e a sottoporli ad autonomo vaglio critico, accertando se le informazioni delle autorità competenti forniscano dati recenti e realmente significativi sul non essere venuta meno la capacità di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata» da parte del detenuto<sup>126</sup>.

---

(124) In tal senso v. Cass., Sez. V, 30 maggio 2012, n. 40673, Badagliacca, in *CED Cass.*, n. 253713.

(125) Per tale indirizzo v. Cass., Sez. I, 2 dicembre 2008, n. 47521, Rogoli, in *CED Cass.*, n. 242071. Questo principio ha trovato seguito in diverse sentenze della Suprema Corte, tra le quali Cass., Sez. I, 5 febbraio 2015, n. 25832, S.G., *inedita*; Cass., Sez. I, 6 febbraio 2015, n. 18791, C.G., *inedita*; Cass., Sez. VII, 19 novembre 2015, n. 19868, Macrì, *inedita*; Cass., Sez. I, 17 settembre 2014, n. 52548, Apicella, *inedita* ove si specifica che ai fini della proroga è richiesta «la capacità (insita nel concetto di pericolo) di mantenere i collegamenti con l'associazione criminale di riferimento, grazie alla possibilità di impartire e trasmettere istruzioni all'interno e all'esterno del carcere che non sarebbe inibita dall'ordinario regime detentivo [...], ma che non deve essere confusa con la – non necessaria – esistenza in atto di concreti contatti malavitosi, che proprio la funzione preventiva del regime differenziato ex art. 41-*bis* ord. penit. è mirata a impedire, e che sarebbe frustrata dalla mancata proroga della misura». L'affermazione secondo cui, ai fini della proroga del “carcere duro”, la pericolosità del detenuto deve essere tale da non poter venire adeguatamente fronteggiata dal regime carcerario ordinario pare molto opportuna in quanto consente di rimarcare come l'istituto disciplinato dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. rappresenti uno strumento da impiegare quale *extrema ratio* nella lotta “penitenziaria” al crimine organizzato.

(126) Così Cass., Sez. I, 15 novembre 2005, n. 43450, Graviano, *cit.* Nonché nella stessa direzione Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, Zara, *cit.*; Cass., Sez. II, 22 dicembre 2004, n. 5196, Marchese, *cit.*; Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, n. 30431, C.S., *inedita*. Le specificazioni della Corte

In particolare, il tribunale di sorveglianza è tenuto a dare congrua motivazione in ordine al proprio convincimento circa il permanere di tale capacità<sup>127</sup>, dovendo egli individuare ed evidenziare gli elementi da cui risulti che l'attuale pericolo di permanenza di collegamenti del detenuto con associazioni criminali o eversive non è venuto meno<sup>128</sup>. Pertanto, se da un lato sussiste a carico dell'amministrazione l'obbligo di provare l'esistenza delle condizioni per la proroga, dall'altro rimane intatto «il dovere, per il Giudice della 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, senza possibilità di inversioni dell'onere della prova»<sup>129</sup>. Del resto, «soltanto una adeguata motivazione, che tenga conto soprattutto dell'“attualità” delle situazioni di pericolo che si intendono tutelare, consente alla norma di superare indenne, non soltanto sotto il profilo formale ma, ciò che conta, sotto il profilo sostanziale, aspetti di contrasto con il dettato costituzionale»<sup>130</sup>. È quindi precipuo compito degli organi preposti al reclamo quello di verificare che l'esistenza delle condizioni per la reiterazione del regime «non venga affermata sulla base di un mero giudizio presuntivo, sganciato da valutazioni su fatti “concreti” e “attuali”, bensì trovi il suo fondamento in argomenti fattuali e giuridici che rispon-

---

di cassazione appaiono decisamente opportune se si considera che parte della dottrina, all'indomani della riforma del 2002, evidenziava come il confronto degli atti prodotti dal Ministro a sostegno del provvedimento con i principi che regolano la materia troppo spesso si risolvesse «in una sorta di acquiescenza della Magistratura di sorveglianza rispetto alle determinazioni del Ministro; quasi un atto di “fiducia”». Così F. PICCIRILLO, *Carcere duro, un salutare monito ad evitare ogni automatismo*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 4, p. 46.

(127) Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 8056, Madonia, *cit.*; Cass., Sez. I, 4 marzo 2004, n. 19894, Di Martino, *cit.*: «Il Tribunale di sorveglianza ha [...] giustificato la propria decisione con adeguato apparato argomentativo, basato su presupposti di fatto che non possono essere messi in discussione in questa sede, in cui non vengono solo riportati i gravi trascorsi del ricorrente e il suo radicato inserimento in una temibile organizzazione camorristica, dalla quale aveva ricevuto aiuto durante la latitanza che aveva preceduto l'arresto, ma si evidenzia anche come dalle informazioni dei competenti organi non fosse emerso alcun significativo elemento, che non sia il mero trascorrere del tempo, da cui si potesse desumere un suo distacco da essa e come risultasse anzi che il prevenuto era stato di recente raggiunto da provvedimenti restrittivi in cui si affermava l'esistenza delle esigenze cautelari proprio per il concreto e attuale pericolo di recidiva derivante dallo stretto collegamento con il sodalizio di appartenenza».

(128) Cfr. Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, n. 22721, Di Grazia, in *CED Cass.*, n. 256495; Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 8056, Madonia, *cit.*

(129) Cass., Sez. I, 23 settembre 2009, n. 41316, Zagaria, in *CED Cass.*, n. 245048.

(130) Così F. RIZZO, *Regime carcerario differenziato: l'adeguatezza della motivazione*, in *G. it.*, 2005, p. 1935.

dano alla vera *ratio* sottesa all'istituto in oggetto»<sup>131</sup>

V'è infine da osservare come, secondo la giurisprudenza, una volta esaurita la sequenza di rimedi processuali avverso il provvedimento ministeriale che dispone il “carcere duro”, le determinazioni in esso contenute acquistino l'effetto di cosa giudicata “allo stato degli atti” non potendo più formare oggetto di contestazione se non a seguito della sopravvenienza di un *quid novi*<sup>132</sup>. Ne consegue che l'eventuale impugnazione del decreto di proroga verrà ad atteggiarsi alla stregua di un giudizio di revisione in ordine al mutamento della situazione di fatto e di diritto da cui dipende la reiterazione del regime differenziato<sup>133</sup>. In altri termini, oggetto del reclamo non è la sussistenza degli elementi posti *ab origine* alla base del primo provvedimento di sospensione delle regole trattamentali quanto, invece, la fondatezza dell'accertamento ministeriale in virtù del quale si ritiene che il quadro di pericolosità persiste immutato<sup>134</sup>.

---

(131) Nuovamente F. RIZZO, *op. cit.*, p. 1935. Nella stessa direzione v. anche C. FIORIO, *La motivazione del provvedimento di proroga*, cit., p. 714; F. FIORENTIN, *Il controllo giurisdizionale sulla proroga del regime penitenziario differenziato di cui all'art. 41 bis, l. 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giur. merito*, 2007, p. 2026.

(132) Sul punto v. Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, n. 47668, Mazzitelli, *cit.* Nella specie, la Suprema Corte ha annullato l'ordinanza del tribunale di sorveglianza che, esaminando nel merito il decreto ministeriale in ordine alla sussistenza della posizione di preminenza rivestita dal detenuto nell'ambito della associazione di stampo mafioso e la attualità della sua pericolosità sociale, aveva omesso di verificare se il provvedimento originario, impositivo del trattamento differenziato, fosse stato oggetto di reclamo da parte dell'interessato e se la eventuale decisione sullo stesso fosse passata in giudicato: «il che – scrive la Cassazione – avrebbe dato luogo a una preclusione del nuovo esame del merito sul ruolo ricoperto dal Mazzitelli nella associazione e sulla sua attuale pericolosità». Cfr. inoltre Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, Zara, *cit.*

(133) Per queste considerazioni v. ampiamente S. ARDITA, *I presupposti della proroga del provvedimento di applicazione del regime 41-bis ord. penit. dopo la novella della l. n. 279 del 2002*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3404 secondo il quale «quando sui presupposti del primo provvedimento sia già stata emessa una pronuncia non più suscettibile di ulteriore giudizio, l'eventuale ulteriore gravame su di esso – ovvero sul provvedimento che ne abbia disposto la proroga – viene dunque ad atteggiarsi come un giudizio di revisione: ossia come un processo sulla valutazione delle novità che rendono non più congrua ed utile una misura. Ne consegue che – a differenza di ciò che la giurisprudenza aveva stabilito in passato – gli atti di proroga non possono essere più considerati provvedimenti completi, aventi una propria autonomia, ma recano con sé, quale presupposto di efficacia derivata, il contenuto del primo provvedimento, “stabilizzatosi” a seguito dell'esaurimento degli strumenti di gravame».

(134) V. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 447; S. ARDITA, *I presupposti della proroga*, cit., p. 3404.

## 6. Segue. *Gli indici sintomatici della pericolosità sociale del detenuto ai fini della proroga del 41-bis*

Ai fini della prognosi circa la perdurante capacità del soggetto *in vinculis* di riallacciare rapporti con la *societas sceleris* e nell'ottica, verosimilmente, di una maggior certezza del diritto, la novella del 2009 ha “codificato” all'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit. una serie di fattori sintomatici della pericolosità del detenuto, da cui poter desumere la sussistenza delle condizioni necessarie per la reiterazione del “carcere duro”<sup>135</sup>. Tali parametri, largamente ricavati dalla precedente elaborazione pretoria e dottrinale, fungono, quindi, da linee guida tanto per l'amministrazione *ex ante* quanto, eventualmente, *ex post* per il tribunale di sorveglianza in sede di reclamo<sup>136</sup>.

In particolar modo, il legislatore ha specificato che la proroga del regime speciale può essere disposta quando risulta che la capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, «tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto. Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa».

Quanto al primo degli indici sopra richiamati – il profilo criminale del detenuto –, nonostante la Cassazione in più occasioni abbia ribadito come la motivazione del decreto di proroga non possa limitarsi a riprodurre la biografia delinquenziale e giudiziaria del soggetto senza alcun riferimento ad altre apprezzabili e

---

(135) «Positivo è il tentativo di risolvere i dubbi interpretativi in tema di proroga della misura già applicata con una descrizione più puntuale dei criteri di valutazione ai quali essa deve essere ancorata, oggi espressi con una indicazione generica che ci si propone di superare mediante una specificazione normativa degli indici rivelatori del permanente collegamento con le organizzazioni criminali». Così *Consiglio Superiore della Magistratura, Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”*, cit., p. 4.

(136) Per questa considerazione v. S. GROSSO, *Novità in materia di proroga: ragionevole prolungamento o sospensione ad libitum?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 744.

concrete circostanze da cui desumere la perdurante pericolosità del medesimo<sup>137</sup>, v'è da dire che, dalla lettura della giurisprudenza, si può scorgere il costante impiego del parametro *de quo*. L'«elevato» o «allarmante» (così si legge in alcune pronunce) profilo criminale del detenuto viene di norma motivato dal numero e dalla gravità dei reati commessi ed eventualmente dal periodo di latitanza trascorso<sup>138</sup>. Pare comunque ragionevole escludere che il passato delinquenziale del soggetto – elemento del tutto statico e pertanto incapace di fornire indicazioni aggiornate in merito all'attuale capacità del detenuto di ristabilire contatti con il sodalizio<sup>139</sup> – possa giustificare *ex se* l'applicazione di un regime speciale che, come si è più volte ribadito, fa dell'esigenza di prevenzione (in chiave quindi futura) la sua unica *ratio*<sup>140</sup>.

La posizione rivestita all'interno della compagine criminale rappresenta anch'essa uno degli indicatori maggiormente utilizzati ai fini della proroga del 41-*bis*<sup>141</sup>. Peraltro, sembra questo il parametro più solido a cui ancorare la prognosi di perdurante pericolosità sociale del detenuto, poiché si deve verosimilmente ritenere che la capacità di costui di riallacciare rapporti con il crimine organizzato sia tanto maggiore quanto più elevato è il ruolo da lui ricoperto e ciò in considerazione del crescente apporto strategico che l'associato *in vinculis* potrebbe potenzialmente fornire qualora venisse meno nei suoi confronti l'applicazione del “carcere duro”. Inoltre, atteso che la posizione rivestita dal soggetto nell'ambito della com-

---

(137) Per tutte, Cass., Sez. I, 8 febbraio 2005, n. 4480, Galatolo, *cit.*

(138) In considerazione del periodo di latitanza v. recentemente Cass., Sez. VII, 17 marzo 2015, n. 44914, Virga, *inedita*; Cass., Sez. I, 17 novembre 2015, n. 11602, Trombetta, *inedita*.

(139) A riprova di tale assunto si consideri che molti detenuti diventati collaboratori di giustizia, e per questo esclusi dal campo di operatività della disciplina *extra ordinem* (in quanto non più pericolosi), possono “vantare” un profilo delinquenziale di elevatissimo spessore.

(140) Ed infatti si può anche osservare come nel testo normativo l'indice in questione sia legato dalla congiunzione “e” al parametro successivo.

(141) Se in molti casi il regime speciale è stato prorogato a soggetti collocati in «posizione di vertice» (v. ad esempio Cass., Sez. I, 6 ottobre 2011, n. 48396, Lucchese, *cit.*; Cass., Sez. I, 17 settembre 2014, n. 52548, Apicella, *cit.*) o incaricati di un «ruolo apicale» (in questo senso cfr. Cass., Sez. VII, 19 novembre 2015, n. 19868, Macrì, *cit.*; Cass., Sez. VII, 19 maggio 2015, n. 47692, Presta, *inedita*) in seno al sodalizio, in altri casi si è ritenuto sufficiente, ai fini della reiterazione del “carcere duro”, l'aver assunto, da parte del detenuto, una posizione «se non apicale, comunque qualificata dall'essere stato un sanguinario e spietato esponente, protagonista della strategia stragista contro lo stato e le sue istituzioni». In questi termini Cass., Sez. VII, 10 marzo 2016, n. 19290, Giuliano, *inedita*.

pagine mafiosa è passibile di un'evoluzione nel tempo, l'impiego del parametro in argomento – a differenza di quanto s'è detto in relazione al precedente – consentirebbe di fondare la reiterazione del regime speciale su dati costantemente aggiornati e quindi effettivamente indicativi della persistente esigenza di prevenzione. Per converso, quindi, risulta necessario il continuo monitoraggio da parte degli organi investigativi delle vicende interne all'associazione mafiosa<sup>142</sup>, onde stabilire quale ruolo è attualmente riconosciuto al detenuto e, di conseguenza, quale livello di pericolosità egli mantiene<sup>143</sup>. Sul punto, secondo la Cassazione, costituisce «un'erronea applicazione dell'art. 41 *bis* [ord. penit.]» il ritenere che il regime speciale «non si attagli *tout-court* a soggetti che non si trovino in posizione apicale e comunque a chi non sia stata contestata [...] l'aggravante di cui al [secondo] capoverso dell'art. 416 *bis* c.p.<sup>144</sup>, ben potendo per contro asseverarsi la necessità della prosecuzione del regime, non solo dalla comunque certa collocazione del soggetto nella consorterìa di riferimento, sulla base delle informative assunte e della biografia criminale che gli è propria, ma anche dagli altri elementi dalla legge indicati nella novella del 2009»<sup>145</sup>.

Il terzo indice a cui fa riferimento l'art. 41-*bis* comma 2-*bis* ord. penit. è rappresentato dalla perdurante operatività del sodalizio criminale<sup>146</sup>. In questo caso sembra di essere di fronte ad un elemento certamente necessario ma non sufficiente: necessario in quanto la capacità del detenuto di mantenere contatti con la

(142) Sul punto cfr. dettagliatamente S. GROSSO, *op. cit.*, p. 744 e s.

(143) V. Cass., Sez. I, 20 novembre 2014, n. 52985, Marchese, *inedita* secondo cui «in assenza [...] di ruoli di rilievo nell'organizzazione criminale di appartenenza, non può ragionevolmente accreditarsi alcuna necessità per essa (organizzazione) di perseguire rapporti o interlocuzioni col detenuto», il quale peraltro è sempre stato un mero esecutore di ordini omicidiari, ruolo «allo stato palesemente inadeguato per le condizioni personali» del soggetto.

(144) Recita il secondo comma dell'art. 416-*bis* cod. pen.: «Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da quattro a nove anni».

(145) In questi termini Cass., Sez. I, 25 maggio 2011, n. 25898, P.N.A. in proc. Dessì, *inedita*. Nella medesima direzione cfr. Cass., Sez. I, 17 febbraio 2011, n. 11023, P.M. in proc. Badagliacca, *inedita*; Cass., Sez. I, 14 maggio 2015, n. 19222, P.N.A. in proc. Cosentino, *inedita*. Da ultimo Cass., Sez. I, 10 dicembre 2015, n. 17024, P.N.A. in proc. Gioffrè, *inedita*. Sul punto, in dottrina, v. F. FIORENTIN, *Regime del "41 bis" non applicabile ai semplici affiliati*, in *Corr. merito*, 2008, f. 8-9, p. 947 ss.

(146) Parametro anche questo molto utilizzato: v. a titolo esemplificativo Cass., Sez. I, 14 maggio 2015, n. 19223, Paviglianiti, *inedita*; Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, n. 12477, Putrone, *cit.*; Cass., Sez. I, 27 aprile 2006, n. 14551, P.G. in proc. Di Giacomo, *cit.*; Cass., Sez. I, 28 settembre 2005, n. 39760, Emmanuolo, *cit.*

criminalità organizzata postula ineluttabilmente l'esistenza di un'associazione delinquenziale attiva sul territorio<sup>147</sup>; non sufficiente poiché, ai fini della proroga, occorre verificare (oltre a quanto detto) l'attuale interesse da parte del sodalizio all'eventuale apporto strategico che potrebbe fornire il detenuto qualora venisse meno nei suoi confronti l'applicazione del regime speciale. Anche questo parametro, com'è peraltro evidente, deve essere costantemente attualizzato<sup>148</sup> mediante l'indicazione di elementi aggiornati da cui inferire sia la perdurante operatività dell'organizzazione<sup>149</sup> che la sussistenza di un interesse della stessa nei confronti del detenuto<sup>150</sup>.

La sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate costituisce, a ben vedere, un indicatore di pericolosità sociale di variabile utilità a seconda che i fatti cui esse si riferiscono siano recenti ovvero risalenti nel tempo. Infatti, nel primo caso, specie qualora le condotte siano poste in essere in costanza di detenzione, l'autorità amministrativa avrebbe nella sua disponibilità elementi at-

---

(147) P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 185 e s. Secondo S. ARDITA, *La Cassazione sancisce l'obbligo di motivare anche la prova negativa*, cit., p. 3085 «non può esservi infatti ragionevole dubbio sulla circostanza che ogni esigenza prevenzionale vada ricondotta in primo luogo alla persistenza sul territorio di una organizzazione criminale. Solamente rispetto a tale operatività ha senso ragionare in ordine alla capacità del singolo detenuto di collegarsi con l'esterno. Per meglio dire è la organizzazione medesima che tiene viva questa capacità, che ha interesse ad interagire con il detenuto, che intende avvalersi delle sue conoscenze per continuare a condurre iniziative illecite, o addirittura per essere da lui governata».

(148) Sul punto v. P. GRASSO, M. PRESTIPINO, *Il regime differenziato dell'art. 41 bis ord. penit. ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata?*, in *F. it.*, 2007, f. 4 p. 249 secondo cui «il grado, la valenza e l'efficacia degli elementi dai quali poter desumere l'attuale operatività di una o più articolazioni territoriali ovvero l'attualità dell'interesse criminale per un determinato settore di intervento devono necessariamente commisurarsi al tempo durante il quale il detenuto cui si riferisce l'accertamento è già stato sottoposto al regime differenziato. Maggiore il tempo di detenzione sofferta e, dunque, più lontana nel tempo la prova di collegamento, più significativa ed individualizzante dovrà, in corrispondenza, apparire la prova dell'operatività dell'articolazione territoriale o della persistenza dell'interesse mafioso per il settore di intervento».

(149) Come evidenziato in dottrina, la verifica circa la perdurante operatività del sodalizio andrà condotta in relazione non all'intera compagine mafiosa bensì, da un punto di vista verticale, alla singola articolazione in cui è inserito il detenuto e, da un punto di vista orizzontale, ai settori di intervento del gruppo criminale. In questo senso, già prima della riforma del 2009, si erano espressi P. GRASSO, M. PRESTIPINO, *op. cit.*, p. 249.

(150) V. Cass., Sez. I, 5 febbraio 2015, n. 23393, P.M. in proc. Paoello, *inedita* ove ai fini dell'annullamento del decreto ministeriale si dà rilievo, tra gli altri elementi, anche alla mancanza di interesse a un rinnovato apporto del detenuto dimostrata dai nuovi vertici e componenti della Stidda. Peraltro v. Cass., Sez. I, 14 gennaio 2009, n. 4428, Riedo, *cit.* secondo cui «la proroga del regime di detenzione differenziato previsto dall'art. 41-bis L. n. 354 del 1975 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».

tuali tali da “aggiornare” le precedenti conoscenze e quindi sicuramente decisivi ai fini della proroga; nel secondo caso, invece, ove le sopravvenute incriminazioni fossero riferite a fatti datati non farebbero altro che “confermare” una pericolosità magari non più sussistente. A ciò si aggiunga che non tutte le condotte criminose possono giustificare la reiterazione del “carcere duro” in quanto è ragionevole ritenere che a tal fine possano valere soltanto quelle realmente sintomatiche della pretesa «capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale». Per contro non è da escludere che anche fatti non necessariamente integranti (perlomeno a carico del soggetto *in vinculis*) alcun reato siano idonei a dimostrare detta capacità: si pensi, ad esempio, alla *figura criminis* di cui all'art. 391-bis cod. pen. la quale, all'evidenza, postula una perdurante pericolosità del detenuto pur incriminando soltanto colui che consente al soggetto sottoposto alle restrizioni di cui all'articolo 41-bis ord. penit. di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte.

Quanto agli «esiti del trattamento penitenziario<sup>151</sup>», in giurisprudenza s'è detto che essi «costituiscono uno degli elementi di cui si deve tenere conto al fine di valutare il pericolo che il detenuto possa, in regime di detenzione ordinaria, riprendere i contatti con membri dell'associazione criminosa di appartenenza»<sup>152</sup>, salvo poi precisare che «il buon comportamento inframurario non è, di per sé solo, sintomo di resipiscenza e di seria riconsiderazione critica del proprio passato»<sup>153</sup>. Il parametro *de quo* è oggetto di particolare attenzione anche in dottrina. Già prima della novella del 2009, parte degli interpreti evidenziava come il tentativo di ricavare la diminuita capacità di collegamento dal percorso individuale del detenuto si prestasse ad insuperabili equivoci negando ogni reale funzione di prevenzione all'istituto<sup>154</sup>. D'altronde, era stato affermato che se ciò che conta ai fini della

---

(151) È stato osservato da attenta dottrina come il riferimento agli esiti del trattamento «penitenziario» e non di quello «rieducativo» lasci trasparire la consapevolezza dalle scarse attività trattamentali a disposizione dei detenuti sottoposti al “carcere duro”. Per questa considerazione v. L. CESARIS, sub art. 41-bis ord. penit., 2015, cit., p. 472.

(152) In questi termini Cass., Sez. I, 23 ottobre 2013, n. 2948, Trombetta, in *G. it.*, 2014, p. 709.

(153) Così Cass., Sez. I, 6 ottobre 2011, n. 48396, Lucchese, *cit.*

(154) In questi termini S. ARDITA, *La Cassazione sancisce l'obbligo di motivare anche la prova negativa*, cit., p. 3085 il quale specifica che «se si volesse desumere un giudizio di pericolosità dal percorso trattamentale del detenuto – la sua buona condotta penitenziaria, il percorso di studi intra-

proroga è la capacità di mantenere collegamenti con il crimine organizzato, il venir meno di tale capacità non può di per sé fondarsi «sul giudizio individuale positivo ipoteticamente formulabile in capo al suddetto detenuto circa la regolarità della sua condotta carceraria, ovvero circa la sua adesione alle offerte di trattamento»<sup>155</sup>. La codificazione di tale indice ad opera della citata riforma non ha fatto venire meno i dubbi circa la reale idoneità di quest'ultimo a dimostrare la cessazione delle esigenze preventive. Parte della dottrina, in particolare, sottolinea come la dizione normativa, destinata a tradursi in un mero *flatus vocis*, tradisca «un ipocrita sbandieramento di un manifesto roboante ma vuoto di contenuti»<sup>156</sup>, quale la prospettiva di una pretesa possibilità di rieducazione da parte di coloro che sono sottoposti al “carcere duro”. Atteso che nei confronti di tali soggetti la finalità rieducativa della pena «viene di fatto obliterata dall'adozione del regime dell'art. 41-bis»<sup>157</sup>, l'indice *de quo* parrebbe collocarsi «in un'accurata politica di *marketing* che, dietro una formula strategicamente rispettosa del principio costituzionale di rieducazione della pena, sia volta a destare il plauso di un'opinione pubblica che, in assenza di serie politiche contro la criminalità organizzata, si contenta di meri e quanto mai inutili giri di vite»<sup>158</sup>.

Non manca tuttavia chi auspica un'adeguata valorizzazione dei risultati del percorso trattamentale del detenuto: ciò infatti – senza condurre necessariamente ad attribuire al regime differenziato una funzione retributiva – da un lato, consentirebbe una maggiore aderenza tra proroga dello stesso ed effettiva pericolosità sociale e, dall'altro, avrebbe l'effetto di riportare la persona del detenuto al centro dell'esecuzione penale, anche nei casi di sospensione dell'ordinario trattamento penitenziario<sup>159</sup>. Ciononostante, seppur il comportamento *intramoenia* del soggetto *in vinculis* possa fornire qualche (timido) segnale rivelatore di un concreto distac-

---

preso – si finirebbe per attribuire all'istituto una funzione meramente retributiva, e si sovrapporrebbe al giudizio di prevenzione – sulle capacità dinamiche e collettive di perpetrazione di reati in contesto organizzato – la dimensione del giudizio individuale, propria dell'accesso ai benefici penitenziari».

(155) Così V. GREVI, *op. cit.*, p. 4596, nt. 20.

(156) Testualmente S. GROSSO, *op. cit.*, p. 747.

(157) F. FIORENTIN, *Il controllo giurisdizionale sulla proroga*, cit., p. 2020.

(158) Così S. GROSSO, *op. cit.*, p. 747.

(159) In questi termini G. GIANNOCARO, *op. cit.*, p. 12.

co dalla realtà criminale di provenienza ovvero di un tentativo di reinserimento sociale<sup>160</sup>, non si disconosce qui come un deciso “rispolvero” del parametro in questione appaia alquanto remoto e di difficile realizzazione: si pensi al fatto che tra i soggetti cui compete il potere istruttorio non compaiono né il direttore del carcere né il magistrato di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto, vale a dire le due figure maggiormente adiacenti al detenuto e quindi più “istruite” rispetto al percorso trattamentale del medesimo. Se a ciò si aggiunge che, anche in sede di reclamo, la competenza centralizzata del tribunale di sorveglianza di Roma esclude di fatto la partecipazione, in seno al collegio, dell'omonimo magistrato con giurisdizione sulla struttura carceraria ove il detenuto è ristretto<sup>161</sup>, allora si materializza il dubbio circa la reale importanza riconosciuta dal testo normativo al comportamento *intramoenia* del soggetto *in vinculis*, la quale, al cospetto delle esigenze di prevenzione proprie degli istituti che, come il regime speciale, compongono il sistema del “doppio binario”, finisce per essere drasticamente compressa.

Da ultimo, ai fini della proroga del “carcere duro” occorre prendere in considerazione il tenore di vita dei familiari del sottoposto e ciò in quanto l'esperienza maturata nella lotta alla criminalità di stampo mafioso ha permesso di evidenziare come le varie organizzazioni assicurino regolarmente un sussidio economico alle famiglie dei detenuti mediante la periodica erogazione di mezzi finanziari la quale finisce quindi per assumere carattere sintomatico del persistente legame tra la persona *in vinculis* e la compagine criminale operante sul territorio<sup>162</sup>.

La codificazione normativa degli indici di pericolosità riveste senza dubbio un ruolo importante onde consentire all'amministrazione di fondare, e al tribunale di sorveglianza di sindacare, la motivazione della proroga sulla base di ele-

---

(160) Cfr. Cass., Sez. I, 5 febbraio 2015, n. 23393, P.M. in proc. Paolello, *cit.* in cui vengono valorizzati, ai fini della revoca del “carcere duro”, i segnali di disponibilità manifestati dal detenuto verso le istituzioni mediante la destinazione dei beni dell'eredità paterna alla soddisfazione delle spese di giustizia e delle obbligazioni civili.

(161) Per questa considerazione v. puntualmente M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, *cit.*, p. 136.

(162) Sul punto cfr. P. GRASSO, M. PRESTIPINO, *op. cit.*, p. 250 e s.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, *cit.*, p. 186; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, *cit.*, p. 116. In giurisprudenza v. Cass., Sez. I, 27 aprile 2006, n. 14551, P.G. in proc. Di Giacomo, *cit.*

menti ritenuti *ex lege* sintomatici della capacità del soggetto *in vinculis* di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata. Cionondimeno, da un lato, la Suprema Corte, già prima del 2009, aveva ritenuto non necessaria l'analisi e l'utilizzazione di tutti i parametri (allora elaborati dalla medesima giurisprudenza, oggi codificati) «essendo sufficiente anche la presenza di alcuni di essi purché le risultanze non siano in contraddizione con elementi di elevato spessore»<sup>163</sup>; dall'altro, l'impiego da parte del legislatore della particella «anche», collocata in apertura dell'elenco, esclude il carattere tassativo dello stesso<sup>164</sup>, con la conseguenza che tanto la perdurante esigenza di prevenzione quanto il suo venir meno ben possono essere dedotte da altri parametri non contemplati dalla *littera legis*. In quest'ottica, mantengono sicura valenza gli indici via via elaborati dalla prassi<sup>165</sup> e dalla giurisprudenza<sup>166</sup> nel corso degli anni.

(163) Così Cass., Sez. I, 27 aprile 2006, n. 14551, P.G. in proc. Di Giacomo, *cit.*

(164) P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, *cit.*, p. 184, nt. 201; F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, *cit.*, p. 21.

(165) In particolare, un contributo di primaria importanza non può che essere fornito dalle «Linee di orientamento sull'applicazione del regime speciale di detenzione *ex art. 41 bis* O.P. alla luce della giurisprudenza costituzionale» già elaborate nel 1998 dalla Direzione Nazione Antimafia. Il documento in questione tra gli indici di pericolosità sociale annovera: la prosecuzione dell'esistenza, delle attività criminali, del controllo del territorio, dei collegamenti operativi, dell'organizzazione di appartenenza (desumibile dall'attività investigativa delle forze di polizia); la presenza di latitanti di spicco appartenenti all'organizzazione di cui sopra, con conseguente pericolo di scambio di messaggi e informazioni tra il gruppo di associati interni all'ambiente carcerario e quello esterno; la permanenza dei ruoli direttivi, o comunque di particolare rilievo, all'interno delle organizzazioni di appartenenza anche dopo l'inizio della detenzione (desumibile da dichiarazioni di collaboratori, dal ruolo di guida assunto e/o riconosciuto nelle aule di giustizia nel corso dei dibattimenti); la prosecuzione dell'attività di proselitismo anche all'interno dell'ambiente carcerario, desumibile da cerimonie di nuove affiliazioni, passaggi di grado, ecc., (quali risultano da dichiarazioni di collaboratori, intercettazioni ambientali in ambito penitenziario, e così via); l'accertata attività di inquinamento probatorio o di tentativi in tal senso; la pendenza di procedimenti a carico del detenuto; il verificarsi di avvenimenti all'esterno (omicidi o stragi di matrice mafiosa, sequestri di persona a scopo di estorsione, fenomeni di inquinamento probatorio, ecc.) dai quali possa desumersi, anche sulla base di elementi indiziari, la possibile committenza ad opera di personaggi detenuti. Sul punto v. V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 20.

(166) A titolo meramente esemplificativo, v. Cass., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 35917, Gagliardi, *inedita*, ove ai fini della proroga si da rilevanza, tra l'altro, «al pesante coinvolgimento nella gestione delle attività del sodalizio dei familiari del reclamante»; Cass., Sez. I, 25 novembre 2008, Pipitone, in *Giust. pen.*, 2009, p. 575 nonché Cass., Sez. VII, 17 marzo 2015, n. 44914, Virga, *inedita*, in cui si da rilievo alla perdurante latitanza di soggetti di spicco legati (quantomeno in passato) al detenuto. Sull'indice in questione si esprime in modo critico P. SILVESTRE, *41 bis e regole interpretative della Cassazione*, in *Giust. pen.*, 2009, p. 579, nt. 13 il quale evidenzia come la mancata cattura dei latitanti sembrerebbe ritenuta alla stregua di «una sorta di condizione obiettiva di punibilità estrinseca operante in fase di esecuzione». Tra i possibili fattori sintomatici del venir meno della capacità del detenuto di concepire materialmente e realizzare una condotta volta a tenere rapporti con gruppi malavitosi esterni s'è anche fatto riferimento allo stato di salute del medesi-

Resta invece da cogliere quale ruolo attribuire al mero decorso del tempo. Infatti, se è vero che quest'ultimo, a seguito della riforma del 2009, non può costituire *ope legis* elemento di per sé sufficiente ad escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione ovvero a dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa, è altrettanto innegabile che la durata del periodo trascorso in regime speciale, nei fatti, non può che incidere sulla perdurante pericolosità sociale del soggetto *in vinculis*. Tuttavia, in questa direzione, il testo normativo non chiarisce quale valenza in positivo possa avere l'elemento *de quo*, finendo per costituire il vero “tallone d'Achille” dell'istituto in argomento<sup>167</sup>. Infatti, se da un lato, «un 41-bis “troppo breve” (di uno, due, tre, ma anche quattro anni) non ha efficacia», dall'altro, «un 41-bis “troppo lungo” pone il problema della contrarietà al principio di umanità della pena di prescrizioni che sono invece tollerabili qualora applicate per un lasso di tempo determinato»<sup>168</sup>. E allora, pur non potendo costituire –

---

mo. In tal senso Trib. Sorv. L'Aquila, 14 giugno 2005, Squillaci, in *Dir. e giust.*, 2005, f. 29, p. 83. Recentemente v. Cass., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 11620, Oppedisano, *inedita* in cui si sottolinea, unitamente all'età avanzata del detenuto, la sua capacità cognitiva non più normale ma oggetto di ingravescente scadimento.

(167) In questi termini A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 454.

(168) Così A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 454. Sul punto è utile precisare che non sono rari i casi in cui l'applicazione del regime speciale nei confronti di un soggetto si protragga per un torno di tempo piuttosto elevato. A dicembre 2015, su un totale di 729 “detenuti differenziati”, 204 di loro erano sottoposti alla disciplina *extra ordinem* da meno di 4 anni, 321 da un periodo compreso tra 4 e 10 anni, 161 da un periodo compreso tra 10 e 20 anni ed, infine, 29 erano al 41-bis da più di 20 anni. Per questi dati v. *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 51. Sempre sotto questo profilo, il Comitato per la prevenzione della tortura ha avuto modo di precisare che «no-one denies that the application of Section 41-bis of the Prison Act entails serious violations of prisoners' fundamental rights. This provision should therefore be applied only exceptionally and for a limited period. At the time of the visit, almost 600 prisoners in Italy were subject to this detention regime, of whom a large number had been subject to it for many years. As had been the case during previous visits, the delegation made a detailed examination of the decisions taken in this respect by the judicial authorities. It was evident that, for a considerable number of “41-bis” prisoners – if not for virtually all of them – application of this detention regime had been renewed automatically; consequently, the prisoners concerned had for years been subject to a prison regime characterised by an accumulation of restrictions, a situation which could even be tantamount to a denial of the concept of penitentiary treatment (trattamento penitenziario), which is an essential factor in rehabilitation». Così CPT/Inf (2010) 12, p. 37. Peraltro, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra non ignorare il problema. Ed infatti, superando un orientamento teso ad escludere che il mero trascorrere del tempo possa comportare una violazione dell'art. 3 CEDU (Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 2005, n. 53723/00, Gallico c. Italia), i giudici di Strasburgo hanno specificato che, in linea generale, la prolungata applicazione di alcune restrizioni può porre un detenuto in una situazione tale da costituire un trattamento inumano o degradante. Ciò tuttavia, sempre a parere della Corte, non v'è una durata precisa per stabilire il momento a partire dal quale è raggiunta la soglia minima di gravità integrante la lesione del suddetto articolo 3 dovendosi, al contrario, verificare se, alla

come peraltro pare corretto – elemento in grado di giustificare *ex se* la revoca del regime speciale<sup>169</sup>, la durata della sottoposizione alla disciplina *extra ordinem* costituisce un parametro che deve ineluttabilmente essere preso in considerazione ai fini della reiterazione del “carcere duro”<sup>170</sup> e ciò in quanto è ragionevole ritenere che la pericolosità del detenuto diminuisca con il passare del tempo<sup>171</sup>: donde «[la] necessità che con il susseguirsi delle proroghe la verifica della permanenza dei presupposti vada fatta con crescente rigore»<sup>172</sup>. In definitiva, pare potersi affermare che l'adeguata valorizzazione dell'elemento temporale costituisca, da un lato, un presupposto fissato *ex lege* per la reiterazione del regime speciale – d'altronde è agevole evidenziare come il comma 2-*bis*, sancendo che il mero decorso del tempo non è «di per sé» sufficiente ad escludere la capacità di mantenere i collegamenti, non ne preclude (ed anzi ne impone) la valutazione magari in concomitanza con altri parametri – e, dall'altro, un requisito necessario affinché il regime speciale sia applicato con cognizione di causa, in presenza di situazioni di effettivo peri-

---

luce delle circostanze di ogni caso di specie, il rinnovo e la proroga delle restrizioni in questione fossero giustificati o meno. Per queste considerazioni cfr. Corte eur. dir. uomo, 10 novembre 2005, n. 56317/00, Argenti c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 11 luglio 2006, n. 24358/02, Campisi c. Italia. In dottrina v. sul punto A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.*, cit., p. 137 e s.; E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 752; P. CORVI, *La Corte europea*, cit., p. 1191. Le suddette statuizioni sono state recentemente riprese dalla sentenza Corte eur. dir. uomo, 19 marzo 2013, n. 43575/09, Riina c. Italia.

(169) A conferma di ciò si può evocare la vicenda riportata da Trib. Sorv. Roma, 11 aprile 2014, n. 8693/2013, Stranieri, *inedita* secondo cui un detenuto, pur sottoposto al regime detentivo speciale dal 1992, è stato raggiunto da un'ordinanza di custodia cautelare emessa nel 2012 per associazione di stampo mafioso, concorso in estorsione aggravata ai sensi dell'art. 7 D.L. n. 152 del 1991, minaccia e danneggiamento aggravato, commessi fino al 2010, ed è stato condannato in primo grado per il reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen.

(170) Secondo L. LAURICELLA, *Il controllo giurisdizionale sulla proroga del regime di “carcere duro” tra incertezze giurisprudenziali e novità normative*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2075, inserendo l'ultimo periodo del comma 2-*bis*, «il legislatore ha voluto che i tribunali di sorveglianza considerassero il decorso del tempo in regime di “carcere duro”, come un elemento imprescindibile ai fini della valutazione che essi debbono effettuare».

(171) F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, cit., p. 75; ID., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 448.

(172) Testualmente F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, cit., p. 75. Nella medesima direzione v. M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 216; S. GROSSO, *op. cit.*, p. 750; L. LAURICELLA, *op. cit.*, p. 2075. In giurisprudenza v. Trib. Sorv. Napoli, 17 giugno 2005, Madonia, *inedita* secondo cui l'iter logico-deduttivo sul quale si fonda il giudizio di persistenza dei collegamenti criminali del condannato deve essere tanto più approfondito quanto maggiore è il lasso di temporale intercorso tra i fatti che sono alla base dell'applicazione del regime differenziato ed il momento della relativa proroga.

colo, senza trasmodare in un istituto meramente ed ingiustamente afflittivo.

Accanto al decorso del tempo, ai fini di una corretta e giustificata proroga del “carcere duro”, occorre tenere in debita considerazione il fatto che il detenuto abbia eventualmente manifestato comportamenti tali da dimostrare una rivisitazione critica del proprio passato criminale ovvero l'intervenuta dissociazione dalla *societas sceleris*. La giurisprudenza ha più volte lasciato intendere come questi due elementi possano escludere la pericolosità sociale del soggetto e determinare pertanto la revoca del regime speciale<sup>173</sup>. Ciononostante, se sulla correttezza dell'affermazione di principio pare non possano esservi dubbi di sorta, resta da capire fino a che punto sul piano pratico il detenuto sia concretamente in grado di dimostrare quanto sopra. Quindi, pur considerata la “spinosità” dell'argomento<sup>174</sup>, il legislatore avrebbe forse potuto fornire alcune indicazioni in merito, onde chiarire i parametri ai quali ancorare la valutazione circa la ricorrenza o meno di due fattori sicuramente significativi come la dissociazione o la rivisitazione critica del proprio passato. In mancanza di ciò, si profila il rischio, già avvertito in dottrina<sup>175</sup>, che soltanto la collaborazione con la giustizia possa costituire quel fatto nuovo da cui desumere il venir meno della capacità del detenuto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata e quindi delle esigenze che giustificano l'applicazione del regime speciale. Il che comporterebbe un'evidente stortura dell'istituto del “carcere duro” il quale, in palese contraddizione con le finalità preventive che gli sono imposte sia dai dettami della Consulta<sup>176</sup> che dallo stesso disposto normativo dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. («La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle [esigenze di ordine e di sicurezza pubblica] e

---

(173) Sul punto v. per tutte Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4771, Cesarano, *inedita* in cui si sottolinea la «tendenziale permanenza del vincolo associativo di stampo mafioso, pur anche in costanza di stato detentivo, fino al completo e certo dissolvimento della consorteria, ovvero fino a certa, comprovata, nonché attuosa dissociazione dell'affiliato».

(174) In passato è stata manifestata da alcuni *boss* detenuti la disponibilità a “dissociarsi” – ammettendo le proprie responsabilità e rinnegando l'organizzazione mafiosa di appartenenza – al fine di ottenere la revoca del “carcere duro”. La questione, rimessa al vaglio della politica, ha ricevuto la secca disapprovazione da parte delle istituzioni e segnatamente del D.A.P. Sul punto v. ampiamente S. ARDITA, *Ricatto allo stato*, Milano, 2011, p. 91 e ss.

(175) P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 188.

(176) Cfr. Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

per impedire i collegamenti con l'associazione»), assumerebbe surrettiziamente la funzione di perseguire un diverso ed ulteriore disegno, volto ad incentivare atteggiamenti delatori con le autorità investigative<sup>177</sup>. Non possono a questo punto che riaffiorare alla mente le parole della Corte costituzionale che, seppur in riferimento alla disciplina dettata dall'art. 4-*bis* ord. penit., ebbe ad evidenziare come «la collaborazione [consenta] di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità e che ne sia perciò più agevole il reinserimento sociale»; e come, tuttavia, «dalla mancata collaborazione non [possa] trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa»<sup>178</sup>.

La difficoltà per il detenuto di dimostrare il venir meno delle esigenze di prevenzione nei suoi confronti, che qui si appalesa in tutta evidenza, sembra caratterizzare, in un'ottica di più ampio raggio, l'intera disciplina della proroga. Pare orientarsi in tal senso chi evidenzia come la reiterazione del regime speciale avvenga sulla base di «informazioni raccolte solipsisticamente dagli organi di polizia, con i quali ben difficilmente è possibile effettuare un riscontro in udienza, fondandosi il tribunale di sorveglianza sul dato cartaceo, con la conseguenza che la difesa potrà solo cercare di infirmarne il contenuto con dati di segno opposto, ma non potrà valersi di quel *quid pluris* sul piano euristico che può scaturire dall'esame incrociato»<sup>179</sup>.

Del resto, sembra potersi constatare come la fisionomia impressa alla di-

---

(177) In questo senso v. G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, cit., p. 415 il quale, già a seguito della riforma del 2002, ebbe ad evidenziare come permanesse «l'uso, ostinatamente perseguito a scopo di pressione per innescare il collaborazionismo, di istituti preordinati ad altro e, in particolare, dello stesso carcere duro»; ID., *La deroga*, cit., p. 42. *Contra* S. ARDITA, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, p. 252 e ss. Dal canto suo anche il Comitato per la prevenzione della tortura ha manifestato dubbi circa il reale obiettivo perseguito dal regime speciale: «*there are reasons to believe that the underlying goal of the most recent legislative changes is rather to use additional restrictions as a tool to increase the pressure on the prisoners concerned in order to induce them to co-operate with the justice system. As already mentioned by the Committee in the reports on the 2004 and 2008 visits, such a state of affairs would be highly questionable and also raise issues under Article 27, paragraph 3, of the Italian Constitution and various international human rights instruments to which Italy is a Party*». Così CPT/Inf (2013) 32, p. 30.

(178) Così, significativamente, Corte cost., sent. 7 agosto 1993, n. 306, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(179) In questi termini F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, cit., p. 21.

disciplina della proroga, specie a seguito della riforma del 2009, lasci margini di difesa piuttosto esigui al detenuto e ciò non senza riflessi negativi su precetti di rango costituzionale. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 111 comma 2 Cost. il quale, nel sancire che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità», prescrive che «in rapporto a qualsiasi domanda che una parte proponga al giudice, la controparte [...] deve poter conoscere il contenuto di questa e le prove e le ragioni su cui essa si fonda nonché confutare queste prove e ragioni anche adducendo prove e ragioni contrarie»<sup>180</sup>. Ciò detto, non si comprende come un detenuto, per giunta sottoposto al regime speciale magari da diversi anni, possa materialmente fornire al giudice elementi tali da smentire le asserzioni degli organi investigativi circa la perdurante operatività dell'organizzazione criminale. Allo stesso modo, se il “carcere duro” raggiunge appieno il suo obiettivo di isolare l'associato dal mondo criminale esterno, come può egli essere istruito in merito alle dinamiche interne al sodalizio e concernenti il suo persistente ruolo in seno ad esso? Ne deriva che, da un punto di vista gnoseologico, il detenuto e il suo difensore difficilmente possono vantare un bagaglio conoscitivo paragonabile a quello degli organi di polizia, della Direzione Distrettuale Antimafia competente e della Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo. Pur non mancando di rilevare che tali organi hanno comunque l'obbligo di fornire elementi anche a favore del soggetto *in vinculis*, non si disconosce come il loro fondamentale ruolo istituzionale ne possa verosimilmente determinare un preorientamento verso esigenze di difesa sociale.

Ed è proprio qui il *punctum dolens*: invero, almeno a parere di chi scrive, effetti indubbiamente negativi come quelli sopra esposti non sono il frutto di una deprecabile deriva antidemocratica, ma rispecchiano piuttosto la difficoltà di conciliare istanze contrapposte (ma entrambe di dignità costituzionale) quali la salvaguardia della *salus populi* e la tutela del singolo individuo, il tutto nell'impossibilità di soddisfarle interamente entrambe<sup>181</sup> e nella necessità di non “lobotomizzare”

(180) Testualmente M. SCAPARONE, *Procedura penale*, cit., p. 50.

(181) V. sul punto L. STORTONI, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficacia e garanzia*, Napoli, 1999, p. 120: «il diritto penale deve trovare un equilibrio tra le opposte tendenze di proteggere la collettività e tutelare il cittadino accusato sapendo che non potrà mai soddisfarle am-

un istituto di fondamentale importanza come il regime differenziato.

### **7. *La revoca amministrativa del regime detentivo speciale tra involuzione legislativa e giurisprudenza adeguatrice***

Con la novella legislativa del 2002, l'art. 41-*bis* ord. penit. era stato interpolato, tra l'altro, mediante l'introduzione del comma 2-*ter* il quale disponeva: «se anche prima della scadenza risultano venute meno le condizioni che hanno determinato l'adozione o la proroga del provvedimento di cui al comma 2, il Ministro della giustizia procede, anche d'ufficio, alla revoca con decreto motivato. Il provvedimento che non accoglie l'istanza presentata dal detenuto, dall'internato o dal difensore è reclamabile ai sensi dei commi 2-*quinqües* e 2-*sexies*. In caso di mancata adozione del provvedimento a seguito di istanza del detenuto, dell'internato o del difensore, la stessa si intende non accolta decorsi trenta giorni dalla sua presentazione».

Vista con gli occhi dei “posteri”, tale disposizione, che pur non mancava di suscitare critiche in dottrina<sup>182</sup>, aveva l'indubbio merito di regolare il potere di autotutela amministrativa concernente la revoca del decreto ministeriale nonché il procedimento giurisdizionale avverso l'eventuale diniego, espresso o tacito che fosse. La riforma del 2009, in maniera scarsamente intellegibile, ha abrogato il comma 2-*ter* sopra citato sicché, allo stato attuale, non è normativamente prevista alcuna disciplina concernente la possibilità di “ritiro” del provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali.

Numerose sono le riserve manifestate dagli interpreti sulla bontà dell'intervento legislativo in argomento. Si è infatti osservato come, a seguito della novella, il regime speciale si atteggi in modo assai pregiudizievole per i soggetti ad esso

---

bedue interamente».

(182) Per alcuni rilievi in tal senso v. ampiamente A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 300 e s.; D. PETRINI, *Il regime di “carcere duro” diventa definitivo*, cit., p. 245 e s. Sulla criticità della previsione del silenzio-diniego ministeriale cfr. L. BRESCIANI, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti. L'ombra del «silenzio-diniego» ministeriale*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 34 e s.; G. LA GRECA, *Una “stabilizzazione” per uscire dall'emergenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 420 il quale evidenziava come in caso di silenzio-diniego restassero ignote le ragioni del mancato accoglimento dell'istanza non potendo il detenuto disporre della motivazione del relativo provvedimento di segno negativo.

sottoposti finendo per creare seri dubbi di legittimità costituzionale, specie in relazione all'art. 27 commi 2 e 3 Cost. posto che la mancata possibilità di revoca andrebbe a violare la presunzione di non colpevolezza per gli imputati e, più in generale, determinerebbe una lesione del principio di umanità della pena<sup>183</sup>. Inoltre, l'interpolazione del 2009 lascerebbe intendere la volontà del legislatore di cristallizzare la posizione del detenuto sottoposto al 41-*bis*<sup>184</sup> non senza portare a situazioni paradossali tali per cui anche chi decidesse di collaborare con la giustizia, facendo così venire meno nei suoi confronti le esigenze di prevenzione, non potrebbe ottenere la revoca di un regime speciale che invece proprio sulla base di simili esigenze si giustifica<sup>185</sup>.

A porre “rimedio” a tale inaccettabile vuoto normativo è intervenuta la giurisprudenza che, «richiamando quella evanescente formula della “interpretazione costituzionalmente orientata”», ha riesumato il potere di revoca ministeriale<sup>186</sup>, un potere che per la verità già una parte della dottrina aveva considerato mai sopito<sup>187</sup>.

---

(183) Per queste considerazioni v. M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 909 e s. Peraltro, il dottor Vincenzo Macrì, dopo l'abrogazione del comma 2-*ter*, riteneva probabile sul punto un intervento della Corte costituzionale. Per questa considerazione v. *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, Audizione del procuratore aggiunto della Direzione Nazionale Antimafia, dottor Vincenzo Macrì, sul regime detentivo speciale previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354*, cit, p. 9.

(184) In questo senso si esprime L. CESARIS, sub art. 41-*bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 481. Nella medesima direzione sembra orientarsi anche F. RESTA, *La nuova disciplina dell'art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2687.

(185) Sugli effetti irragionevoli e controproducenti che l'impossibilità di revocare il “carcere duro” a chi intraprende un percorso di collaborazione con la giustizia v. ampiamente P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 229. Cfr. anche F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, cit., p. 75.

(186) Così B. BOCCHINI, *Revoca anticipata del regime differenziato: “la logica dello strumento” tra involuzioni normative e giurisprudenza adeguatrice*, in *G. it.*, 2013, p. 1924. L'Autrice sottolinea con accento critico come la giurisprudenza, riesumando il potere di revoca ministeriale, abbia “corretto il tiro” del legislatore in un sistema ove «i giudici dovrebbero avere il monopolio degli strumenti penali, ma se qualcuno deve o meno essere punito, difendersi e come, dovrebbe rimanere privilegio riservato alle sole norme giuridiche». E quindi, «in una sorta di caos sovversivo in cui l'ordine dei poteri legislativo e giudiziario si mescola incomprensibilmente, sta di fatto che la revoca anticipata ministeriale non dovrebbe più esistere». In quest'ottica, precisa la medesima Autrice, pur uscendo vittoriosi i diritti dei detenuti ed i loro strumenti di tutela, viene meno «la certezza della regola e della sua applicazione che dovrebbe, tuttavia, rappresentare la base di un Paese che grida all'*équitable* del processo anche esecutivo».

(187) Infatti, già all'indomani della riforma del 2009, vi era chi affermava che «anche alla luce del nuovo testo non pare, in ogni caso, giustificata una eventuale inerzia del ministro nel momento in cui siano acquisiti elementi tali da rendere evidente la sopravvenuta carenza dei presupposti che

Invero, la Cassazione, superando un suo precedente arresto<sup>188</sup>, ha ritenuto ammissibile il reclamo avverso l'implicito diniego di revoca del provvedimento di sottoposizione al regime differenziato<sup>189</sup>: constatata la natura di rimedio generale riconosciuta (per consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>190</sup>) allo strumento disciplinato dall'art. 14-ter ord. penit., ha sottolineato che «venuta meno la previsione speciale [di cui all'art. 41-bis comma 2-ter ord. penit.] si riespande, pertanto, quella generale, senza che si determini, sul piano dei diritti dei detenuti, un vuoto di tutela»<sup>191</sup>. Ha inoltre ritenuto, la Suprema Corte, che «l'ammissibilità del reclamo nella materia in esame dia attuazione alle finalità generali ed ai principi ispiratori della disciplina a tutela del cittadino di fronte alla Pubblica Amministrazione, introdotti per il procedimento amministrativo dall'art. 21-quinquies, comma 1, della legge n. 241 del 1990 con la previsione della revoca del provvedimento a fronte del maturare di un mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico», sottostanti l'adozione del provvedimento medesimo<sup>192</sup>.

La soluzione “di compromesso” adottata dalla Corte ha positivamente per-

---

avevano giustificato l'applicazione del “carcere duro”». Così F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, cit., p. 75. Nella stessa direzione v. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 445; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 230. Peraltro, già prima della riforma del 2009, l'introduzione del comma 2-ter era stata considerata pleonastica da S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 12 in quanto nulla aggiungeva rispetto alla disciplina generale sulla revoca degli atti amministrativi.

(188) Cass., Sez. I, 18 settembre 2009, n. 41567, Gionta, in *CED Cass.*, n. 245046 secondo cui «l'art. 41 bis, comma 2 ter, introdotto con L.23 dicembre 2002, n. 279, che prevedeva la revoca del decreto per il venire meno delle condizioni che avevano determinato l'adozione o la proroga del provvedimento e la possibilità di impugnazione del provvedimento ministeriale sul silenzio o sul rigetto della istanza di revoca, è stato abrogato dalla L. 15 luglio 2009, n. 94, art. 2, comma 25, pubblicata nella G.U. del 24.7.2009 n. 170, che ha riscritto la disciplina del regime differenziato, per cui non vi è ora più possibilità di chiedere la revoca anticipata del decreto emesso ai sensi dell'art. 41 bis, né di impugnazione del silenzio su una istanza presentata in tal senso». Sulla base di tali osservazioni, la Corte ha quindi precisato che l'eventuale istanza di revoca del regime differenziato, pur ritualmente presentata, non può più essere presa in considerazione, in virtù del principio “*tempus regit actum*”, ma può essere valutata, ricorrendone le condizioni, come reclamo contro il decreto ministeriale di sottoposizione al regime di detenzione speciale».

(189) Cass., Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 18021, Mangiaracina, in *CED Cass.*, n. 250272; Cass., Sez. I, 9 novembre 2012, n. 47919, Attanasio, *inedita*.

(190) In questo senso cfr. Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 26 ottobre 2009, n. 266, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 190, in *www.giurcost.org*.

(191) Così Cass., Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 18021, Mangiaracina, *cit.*

(192) In questi termini Cass., Sez. I, 9 novembre 2012, n. 47919, Attanasio, *cit.*

messo di scongiurare parte degli effetti negativi che l'intervento legislativo del 2009 avrebbe potuto produrre a danno tanto dell'istituto del "carcere duro" quanto soprattutto dei diritti del detenuto. Tuttavia, per ammettere l'esistenza di un potere/dovere dell'autorità amministrativa di revocare il decreto ministeriale qualora siano venute meno le condizioni che ne avevano determinato *illo tempore* l'adozione o la proroga, non sembra necessario "scomodare", come pure è stato fatto, la disciplina contenuta nel suddetto art. 21-*quinquies* comma 1 – disciplina che peraltro, specie a seguito delle recenti riforme, sembra prediligere un'impostazione tendente alla conservazione degli atti amministrativi, mal conciliandosi quindi con provvedimenti che, come quello di sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario, finiscono per gravare sui diritti fondamentali della persona<sup>193</sup> – potendosi, per converso, fare riferimento al più generale principio di legalità cui deve informarsi l'operato della pubblica amministrazione. Ed infatti, venendone meno i presupposti e le finalità, la protrazione del regime speciale a carico del soggetto *in vinculis*, e quindi la (conseguente) compressione delle posizioni giuridiche di cui il medesimo è titolare, finiscono per diventare illegittime<sup>194</sup>, determinando in capo al Ministro della giustizia<sup>195</sup> l'obbligo di ritirare (*ex officio* o su sollecitazione dell'interessato) un provvedimento divenuto ingiustamente limitati-

---

(193) Attualmente, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. 12 settembre 2014 n. 133, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, l'art. 21-*quinquies* comma 1 l. 241/90 statuisce: «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo».

(194) *Mutatis mutandis* potrebbero richiamarsi le parole della Consulta là dove hanno lucidamente evidenziato che «non possono [...] disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale». Così Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, *cit.*

(195) Peraltro, in sede di revoca del decreto ministeriale, il Guardasigilli, in virtù del principio del *contrarius actus*, dovrà seguire la medesima procedura prevista per l'adozione del provvedimento.

vo dei diritti riconosciuti dall'ordinamento al detenuto<sup>196</sup>.

Ad ogni modo, pare corretto affermare che, nonostante l'abrogazione del comma 2-ter, la possibilità di revoca anticipata del “carcere duro” sia da ritenersi tuttora esistente, sicché il Guardasigilli, nell'esercizio del suo potere di autotutela amministrativa, può annullare il decreto di sospensione delle ordinarie regole del trattamento qualora venga rilevata la mancanza *ab origine* dei presupposti necessari ovvero può revocare il medesimo nel caso in cui le esigenze di prevenzione, inizialmente sussistenti, siano successivamente venute meno<sup>197</sup>. Ne consegue che il provvedimento ministeriale perde efficacia *ex tunc* nel primo caso ed *ex nunc* nel secondo, al pari di quanto avviene in materia di misure di prevenzione<sup>198</sup>.

In ossequio ai fondamentali principi sanciti dagli artt. 24 e 113 Cost.<sup>199</sup> e a quanto asserito dalla Suprema Corte nelle pronunce sopra richiamate, il detenuto, di fronte all'eventuale silenzio-diniego dell'amministrazione in ordine alla sua ri-

---

(196) In dottrina, sembra orientarsi in questa direzione G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 227.

(197) P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 230; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 132 e s. il quale sottolinea condivisibilmente che, prima dell'esercizio del suddetto potere di autotutela, è opportuno che il Ministro consulti gli organi investigativi competenti per l'istruttoria.

(198) Per la distinzione tra revoca con efficacia *ex tunc* e revoca con efficacia *ex nunc* delle misure di prevenzione v. Cass., Sez. I, 1 giugno 2006, n. 21858, in *CED Cass.*, n. 234704 nonché Cass., Sez. I, 13 marzo 2000, n. 5978, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2487 secondo cui «la revoca o l'annullamento del decreto di sottoposizione ad una misura di prevenzione soltanto se pronunciati per motivi di legittimità operano “*ex tunc*”, cioè dal momento dell'emanazione della misura, mentre se conseguono a sopraggiunte situazioni che fanno venire meno la pericolosità sociale del prevenuto hanno efficacia “*ex nunc*”, cioè dall'emanazione del provvedimento di revoca». In dottrina v. per tutti P. V. MOLINARI, *Alcune riflessioni sugli effetti ex tunc od ex nunc della revoca delle misure di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 384. Se la dicotomia tra revoca *ex tunc* e revoca *ex nunc* è ipotizzabile anche in tema di “carcere duro” come qui prospettato, allora se ne devono dedurre importanti conseguenze. Infatti, si pensi al caso in cui, in costanza di applicazione della disciplina *extra ordinem*, un soggetto (ad esempio un agente di polizia penitenziaria) sia stato incriminato per il reato di cui all'art. 391-bis cod. pen. per aver consentito ad un detenuto sottoposto al regime speciale di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte. Data questa situazione, qualora il decreto ministeriale fosse successivamente annullato con effetto retroattivo (quindi in caso di revoca *ex tunc*), che ne sarebbe della suddetta incriminazione? A rigore, applicando il principio di diritto elaborato dalla Cassazione in materia di misure di prevenzione, se ne dovrebbe concludere per «l'immediata declaratoria della insussistenza del fatto ai sensi dell'art. 129 c.p.p. in relazione all'art. 609 c.p.p. comma 2». Invero, se la revoca produce l'effetto della caducazione ora per allora delle prescrizioni imposte dal Ministro della giustizia, come se non fossero mai esistite, di conseguenza non è in radice possibile configurare la loro elusione. In questi termini, seppur con le dovute differenze, si è pronunciata la Suprema Corte in riferimento alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. V. per tutte Cass., Sez. I, 11 novembre 2008, n. 44601, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3599.

(199) G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 227.

chiesta di revoca, potrà tutelare in via giurisdizionale la propria posizione soggettiva interponendo reclamo al giudice territorialmente competente. È tuttavia in questa prospettiva che si possono scorgere le maggiori criticità prodotte dall'abrogazione del vecchio comma 2-ter. Infatti, se a pronunciarsi sul reclamo avverso il provvedimento che dispone l'applicazione o la proroga del regime detentivo speciale è oggi competente il tribunale di sorveglianza di Roma in ragione del disposto di cui all'art. 41-bis comma 2-quinquies ord. penit., così come novellato dal legislatore del 2009, resta da capire, nel silenzio della legge, a quale giudice spetti la competenza a decidere nella differente ipotesi di reclamo contro il diniego ministeriale. In altri termini, il problema è quello di stabilire se in quest'ultimo caso trovi applicazione il principio generale del *locus custodiae* previsto dall'art. 677 comma 1 cod. proc. pen. – in virtù del quale a conoscere le materie attribuite alla magistratura di sorveglianza è l'omonimo tribunale che ha giurisdizione sull'istituto di pena in cui si trova l'interessato all'atto della richiesta, della proposta o dell'inizio di ufficio del procedimento – ovvero se anche per la decisione sul reclamo contro il diniego ministeriale sia competente il giudice capitolino<sup>200</sup>.

Sul punto, mentre la giurisprudenza di merito ha inizialmente optato la prima ipotesi<sup>201</sup>, la Cassazione ha statuito che «essendo stata introdotta dalla L. n. 94 del 2009 la competenza del Tribunale di sorveglianza di Roma a decidere sul reclamo avverso i provvedimenti del Ministro della Giustizia che dispongono l'applicazione o la proroga del regime detentivo speciale di cui all'art. 41 bis, deve ri-

---

(200) Si noti che tale problema non si sarebbe verificato se l'anzidetta riforma non avesse privato l'art. 41-bis ord. penit. del suo comma 2-ter poiché quest'ultimo, in punto di tutela giurisdizionale, operava un rinvio al disposto dei commi 2-quinquies e 2-sexies rendendo uniforme la disciplina dei rimedi impugnatori tanto in caso di reclamo avverso il provvedimento che dispone l'applicazione o la proroga del regime detentivo speciale quanto nell'ipotesi di reclamo contro il diniego ministeriale.

(201) In tal senso v. Trib. Sorv. Roma, 25 ottobre 2010, n. 4671, in *Guida dir.*, 2011, p. 67. *Contra*, in dottrina, A. CISTERNA, *Al giudice del luogo in cui si trova il carcere il compito di verificare se esistono le condizioni*, in *Guida dir.*, 2011, f. 9, p. 68 secondo cui tale soluzione è «capace di mettere in discussione uno dei punti qualificanti della riforma del “carcere duro”, ossia l'attribuzione esclusiva al tribunale di sorveglianza di Roma della decisione sui reclami avverso i decreti impositivi o di proroga della sospensione delle regole ordinarie di trattamento carcerario». Il medesimo Autore evidenzia infatti che se il giudice del reclamo ex art. 41-bis ord. penit. è il tribunale di sorveglianza capitolino, non si vede come il giudice del reclamo ex art. 14-ter ord. penit. possa essere altro e ben distinto dal primo: «è il principio di immutabilità del giudice della cognizione e del trattamento a esigere piuttosto che la competenza non sia frantumata».

tenersi che anche il rigetto, per silenzio rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale debba rientrare nella competenza del predetto Tribunale di sorveglianza, poiché nel giudizio di impugnazione avente ad oggetto il rigetto della richiesta di revoca anticipata del provvedimento che ha applicato o prorogato il regime speciale di detenzione si deve verificare, esattamente come nel giudizio di impugnazione avente ad oggetto il provvedimento che ha disposto la proroga, se sussistono ancora i presupposti» per il mantenimento del “carcere duro”<sup>202</sup>.

Tale pronuncia non sembra qui potersi condividere appieno. A ben vedere, infatti, nel lodevole intento di garantire la coerenza e l'uniformità di un sistema che si trova a dover fare i conti con una scelta legislativa non certo idilliaca, la Suprema Corte pare abbia informato la propria decisione al brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, in applicazione del quale – parafrasando la Cassazione – se l'oggetto del giudizio è il medesimo (sussistenza dei presupposti per il mantenimento del regime speciale), medesimo deve essere anche il giudice competente (tribunale di sorveglianza di Roma). Senonché, pur non negando la bontà del risultato ottenuto, vale a dire la coerenza del diritto, deve constatarsi come i mezzi impiegati per raggiungerlo, ed in particolare l'utilizzo del ragionamento per *analogia legis*, trovino in questa sede un ostacolo insormontabile sul loro cammino. Invero, la disposizione attributiva della competenza in capo al giudice di sorveglianza capitolino a decidere sui reclami avverso i provvedimenti che dispongono l'applicazione o la proroga del “carcere duro”, recando «una vistosa deroga al criterio del *locus custodiae*»<sup>203</sup>, non è passibile di applicazione analogica atteso che, a mente dell'art. 14 delle preleggi, «le leggi [...] che fanno eccezione a regole generali [...] non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati»<sup>204</sup>. Di con-

(202) In questi termini Cass., Sez. I, 18 settembre 2012, n. 39863, confl. in proc. Iacolare, in *CED Cass.*, n. 253288. *Contra*, in dottrina, G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 227.

(203) Così M. RUARO, sub art. 677 cod. proc. pen., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 878.

(204) Sul divieto di analogia sancito dall'art. 14 delle preleggi v., in giurisprudenza, Cass. civ., Sez. lav., 15 dicembre 2011, n. 27041, *inedita* secondo cui «le norme speciali sono norme dettate per specifici settori o per specifiche materie, che derogano alla normativa generale per esigenze legate alla natura stessa dell'ambito disciplinato ed obbediscono all'esigenza legislativa di trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse. Le norme eccezionali, invece, sono definite dall'art. 14 preleggi come norme contrarie a regole generali. È ovvio che tanto le nor-

sequenza, se quanto detto corrisponde al vero, pare non esservi alternativa: la competenza a statuire sui reclami avverso il rigetto della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale non può che spettare al tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto in ossequio al disposto dell'art. 677 comma 1 cod. proc. pen. Il che, lungi dal costituire una soluzione soddisfacente, specie in ottica sistemica, rende al contrario opportuno, in prospettiva *de iure condendo*, l'intervento del legislatore che risolva con il crisma della legge la questione in argomento, ripristinando l'operatività del principio del *locus custodiae* in tema di reclami avverso i provvedimenti di applicazione o di proroga del regime speciale ovvero "centralizzando" anche la competenza ad adottare la decisione sul rigetto della richiesta di revoca anticipata<sup>205</sup>.

Da ultimo, occorre segnalare che, secondo quanto previsto dall'art. 69 comma 6 lett. b) ord. penit., così come riformato dal D.L. 23 dicembre 2013 n. 146 convertito in legge 21 febbraio 2014 n. 10, il detenuto può far valere l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento, dalla quale derivi al soggetto *in vinculis* un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti, interponendo reclamo al magistrato di sorveglianza *ex art. 35-bis* ord. penit. Orbene, in ragione di questo nuovo panorama legislativo, non sembra più possibile invocare l'art. 14-*ter* ord. penit. per l'impugnazione del silenzio-diniego del Guardasigilli: infatti, ferma restando la facoltà di chiedere la revoca del "carcere duro" qualora ne siano venuti meno i presupposti, è sulla base del nuovo reclamo giurisdizionale che l'interessato potrà far valere l'eventuale inerzia ministeriale poiché, se in mancanza di uno specifico

---

me speciali quanto le norme eccezionali si pongano in termini di deroga rispetto a regole generali, perché finalizzate o a "calibrare" certi istituti alle particolarità specifiche di un determinato settore o perché sono gli stessi presupposti di fatto che impongono un intervento legislativo derogatorio delle regole vigenti. Ne consegue che in nessun caso ne è ammessa l'applicazione analogica, altrimenti frustrandosi la natura speciale o eccezionale che le caratterizzano». Principio questo che ha trovato applicazione in diverse pronunce. A titolo esemplificativo v. per tutte Cass. civ., Sez. Un., 24 novembre 2011, n. 24812, T. c. Cons. Ord. avv. Roma e altro, in *Dir. e giust.*, 25 gennaio 2012. In dottrina cfr., per tutti, P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, p. 243 e ss.

(205) Appare più realistica la prima ipotesi giacché a favore del ripristino della competenza dei Tribunali di sorveglianza che hanno giurisdizione sull'istituto di pena ove è assegnato il detenuto si sono espressi gli Stati Generali dell'esecuzione penale. V. in tal senso *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, cit., p. 16.

strumento per la tutela dei diritti dei detenuti, era ragionevole rivolgersi all'art. 14-ter ord. penit., ora che quello strumento è stata introdotto dal legislatore non pare ipotizzabile la perdurante applicazione estensiva della norma da ultimo citata. Peraltro, questa soluzione potrebbe offrire maggiori garanzie al soggetto *in vinculis* in quanto – una volta dimostrato, com'è da ritenersi agevole fare, che la sottoposizione al regime differenziato, in mancanza delle relative esigenze di prevenzione, comporta un pregiudizio grave e attuale alla posizione giuridica del detenuto – il procedimento disciplinato dall'art. 35-bis ord. penit. si svolge secondo le regole del rito di sorveglianza e consta di tre gradi di giudizio anziché di due. Resterebbe tuttavia fermo il problema della competenza di cui si è detto sopra.

#### **8. Dopo la revoca del “carcere duro”. Dal 41-bis al circuito Alta Sicurezza**

In virtù di quanto sancito dalla circolare ministeriale 3619/6069 del 21 aprile 2009, il detenuto nei cui confronti sia venuta meno l'applicazione del regime differenziato – poiché revocato dall'autorità amministrativa nell'esercizio del suddetto potere di autotutela ovvero dal tribunale di sorveglianza in sede di reclamo – è assegnato (*rectius*: “classificato”) al circuito Alta Sicurezza<sup>206</sup>, dedicato al contenimento dei soggetti appartenenti alla criminalità organizzata<sup>207</sup>.

---

(206) Salvo che collabori con la giustizia: nel qual caso, è assegnato al circuito per i collaboratori di giustizia.

(207) V. sul punto F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2015, f. 3, p. 1. I circuiti penitenziari sono disciplinati, come noto, da circolari ministeriali (sottolinea questo aspetto, certamente anacronistico, F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della “questione penitenziaria”)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1166) e rappresentano entità di tipo logistico, costituite da interi istituti, ovvero sezioni di istituto, ai quali vengono assegnati i detenuti in ragione del loro livello di pericolosità o in considerazione di peculiari esigenze trattamentali o umanitarie. V. per questa definizione cfr. S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, f. 3, p. 43; F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza*, cit., p. 1. Attualmente, a seguito dell'abrogazione del circuito Elevato indice di vigilanza (E.I.V.), i “gironi” penitenziari sono tre: accanto al circuito Alta sicurezza o di primo livello si collocano il circuito di Sicurezza Media o di secondo livello e il circuito di Custodia Attenuata o di terzo livello. Mentre quest'ultimo è destinato ad ospitare i detenuti tossicodipendenti non particolarmente pericolosi, il circuito di Sicurezza Media è rivolto a tutti quei soggetti che non rientrano né nel primo né nel terzo circuito. Quanto invece al “girone” Alta sicurezza, esso comprende attualmente tre differenti sotto-circuiti cui corrispondono altrettante categorie di detenuti: al sotto-circuito A.S.1. sono assegnati coloro ai quali, come si diceva poc'anzi, viene revocato il “carcere duro”; il sotto-circuito A.S.2 è, invece, destinato al contenimento dei detenuti per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche inter-

È opportuno, secondo l'amministrazione penitenziaria, «che tali soggetti, che hanno rivestito ruoli di primaria importanza nelle organizzazioni criminali, non siano ristretti unitamente agli altri appartenenti ad organizzazioni criminali ma con ruoli di minore rilievo. Ciò al fine di evitare influenze nocive reciproche, anche in relazione alle possibili attività di proselitismo, ed impedire infine sopraffazioni dovute alla differenza di mole criminale». Quindi, venuta meno l'applicazione del regime speciale, «il perseguimento delle finalità prevenzionali rimarrà affidato alla scelta logistica al fine di impedire la trasmissione di notizie e limitando la instaurazione di contatti all'interno degli istituti penitenziari»<sup>208</sup>. In questo senso, una particolarità rilevante che caratterizza il circuito Alta Sicurezza è data dal fatto che la gestione penitenziaria del detenuto inseritovi viene avocata al D.A.P., il quale provvede all'assegnazione di costui secondo criteri preventivi volti ad evitare eccessive concentrazioni di soggetti appartenenti alla medesima consorzeria criminale ovvero a consorzerie contrapposte<sup>209</sup>.

Come si vede, quindi, pur cessando l'applicazione della disciplina *extra ordinem* di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. non si esauriscono le esigenze di prevenzione, le quali finiscono per essere connaturate all'ontologia di coloro che provengono dal mondo del crimine organizzato, specie se collocati in posizioni apicali o comunque di rilevante spessore. Cionondimeno, è bene precisare che il circuito in argomento si distingue dal regime speciale in quanto comporta solamente maggiore sorveglianza e sicurezza<sup>210</sup>: l'assegnazione del detenuto al “giro-

nazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza (delitti di cui agli artt. 270, 270-*bis*, 270-*ter*, 270-*quater*, 270-*quinqües*, 280, 280-*bis*, 289-*bis*, 306 cod. pen.); al sotto-circuito A.S.3, infine, sono assegnati i detenuti per delitti di cui agli artt. 416-*bis* cod. pen. o aggravati dall'art. 7 legge n. 203 del 1991, 630 cod. pen., art. 74 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990. Per queste ed altre indicazioni in merito al tema dei circuiti penitenziari cfr. F. DELLA CASA, sub art. 59 ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 760 e s. nonché R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 211 e ss. La base legale dei circuiti penitenziari viene tradizionalmente ricondotta agli artt. 13 e 14 ord. penit. e 32 reg. esec. i quali, nel tendere all'individualizzazione del trattamento, prevedono che la popolazione carceraria sia raggruppata per categorie omogenee. In questi termini F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza*, cit., p. 3. In senso critico rispetto a tale interpretazione dei citati articoli v. B. BOCCHINI, *Carceri e sistema penitenziario*, cit., p. 144.

(208) Così circolare 3619/6069 del 21 aprile 2009 in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it).

(209) Sul punto v. F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza*, cit., p. 5 il quale aggiunge che, in relazione ai detenuti ascritti al circuito ordinario, la competenza a disporre le assegnazioni e i trasferimenti nel distretto spetta non già al D.A.P. ma ai Provveditorati.

(210) In questi termini v. A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla cri-*

ne” A.S.1 non può quindi recare «alcuna *deminutio* nella titolarità dei diritti del detenuto, potendo soltanto implicare l'allocazione in sezioni particolarmente sicure, la sottoposizione a maggiori controlli o l'adozione di speciali cautele nella fruizione degli istituti trattamentali per come normativamente delineati»<sup>211</sup>. Sennonché, tuttavia, la collocazione all'interno di un circuito a sicurezza rinforzata finisce, nella sostanza, per essere caratterizzata «da un marcato abbassamento di molti degli *standard* garantiti ai detenuti “comuni”»<sup>212</sup>, per cui, nonostante il venir meno del “carcere duro”, i soggetti ad esso precedentemente sottoposti continuano ad essere “differenziati” dagli altri sebbene in misura decisamente minore rispetto quanto avviene in costanza dell'applicazione del regime speciale: d'altronde, restano comunque detenuti *ex art. 4-bis* comma 1 ord. penit.

Peraltro, si noti che l'inserimento in un “girone” penitenziario – al pari di quanto si vedrà nel capitolo successivo per la collocazione nella cd. area riservata –, essendo di esclusiva competenza dell'autorità amministrativa<sup>213</sup>, si sottrae al controllo del magistrato di sorveglianza<sup>214</sup>. La Corte di cassazione ha, infatti, più volte ribadito che tale provvedimento, ove non ecceda la funzione tipica che gli è propria, non è in sé suscettibile di ledere diritti soggettivi, potendo, per converso, costituire ammissibile oggetto di reclamo soltanto le singole disposizioni o gli atti esecutivi che siano in concreto lesivi delle posizioni giuridiche incompressibili del detenuto<sup>215</sup>.

---

*minalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 753. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 28 novembre 2007, Barreca, in *CED Cass.*, n. 238173, ove si specifica che «l'inserimento del detenuto nel circuito EIV non è assimilabile ai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 41-*bis* o.p.».

(211) F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza*, cit., p. 2.

(212) Così F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, p. 815.

(213) F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 815 parla di «incontrollata discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria nello stabilire quali sono i soggetti da destinare ai circuiti differenziati e i criteri che presiedono ad un reinserimento del detenuto nel circuito ordinario».

(214) Cass., Sez. I, 3 febbraio 2004, Paziienza, in *CED Cass.*, n. 228836.

(215) Cfr. Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, n. 49988, Lo Piccolo, in *CED Cass.*, n. 245969; Cass., Sez. I, 6 novembre 2008, Musumeci, in *CED Cass.*, n. 242380; Cass., Sez. I, 10 giugno 2009, Cavallo, in *CED Cass.*, n. 244830; Cass., Sez. I, 30 gennaio 2014, Pangallo, in *CED Cass.*, n. 259175. F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, cit., p. 24 reputa tale soluzione «non completamente apprezzabile».



## *Capitolo V*

# CONTENUTO E CONSEGUENZE DEL REGIME DETENTIVO SPECIALE

### ***1. Premessa. La versione originaria dell'art. 41-bis comma 2 ord. penit. e i "paletti" (tuttora attuali) fissati dalla Consulta***

L'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., nella sua originaria versione, individuava lapidariamente l'oggetto del provvedimento sospensivo in quelle regole di trattamento e in quegli istituti previsti dalla legge penitenziaria che potessero porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza pubblica, senza disporre null'altro in proposito e lasciando, quindi, all'amministrazione il compito di determinare, in positivo, le speciali misure restrittive da adottare di volta in volta al fine di soddisfare le predette esigenze. Nei fatti, le limitazioni e le preclusioni sancite dai primi decreti applicativi dell'art. 41-*bis* ord. penit. finirono per convogliarsi, seguendo un unico modello comune, su due aspetti della vita carceraria: quello relativo alla socialità interna e quello concernente i rapporti con l'esterno<sup>1</sup>. Del re-

---

(1) Per questa considerazione v., tra gli altri, N. DE RIENZO, *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 103. I primi decreti ministeriali adottati in applicazione dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. disponevano, di regola, la sospensione dei seguenti istituti: corrispondenza telefonica; colloqui e corrispondenza epistolare e telegrafica con altra persona detenuta o internata (anche se si fosse trattato di congiunto o convivente); corrispondenza epistolare e telegrafica non sottoposta a visto di controllo; colloqui con i terzi; colloqui con i familiari in un numero superiore ad uno al mese ed in una durata superiore ad un'ora; ricezione dall'esterno di somme di denaro superiori ad un determinato ammontare ed invio all'esterno di somme, fermo restando il pagamento delle spese di difesa e di multe o ammende; ricezione di pacchi contenenti generi ed oggetti diversi da abiti, indumenti e biancheria intima; organizzazione di attività culturali, ricreative e sportive; partecipazione alle rappresentanze dei detenuti; svolgimento di attività artigianali; acquisto di generi alimentari che richiedono cottura; permanenza all'aria aperta per più di due ore al giorno. Per il contenuto del decreto ministeriale v. P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale. Guida ragionata alle problematiche ed alla casistica*, Padova, 1994, p. 718 e s. Cfr. anche S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, p. 96 e s., nt. 8.

sto, si evidenziava come, da numerosissimi dati processuali, risultasse che i colloqui, la corrispondenza telefonica o epistolare, la ricezione dei pacchi, la permanenza all'aperto fossero “mezzi” congiuntamente o alternativamente impiegati dai detenuti legati alla criminalità organizzata per dare o ricevere informazioni<sup>2</sup>.

Nondimeno, molti Autori ravvisavano un'eccessiva vaghezza e genericità nei concetti di “regole di trattamento” e di “istituti penitenziari”, in quanto «tendenzialmente onnicomprensivi»<sup>3</sup> e capaci di conferire all'allora Ministro di grazia e giustizia un potere pressoché illimitato<sup>4</sup>. A ben vedere, infatti, da un lato, non si rinveniva, nella disposizione *de qua*, alcun limite “assoluto” al potere amministrativo – a differenza di quanto, al contrario, avveniva (ed avviene tuttora) con riferimento al regime di sorveglianza particolare il cui ambito applicativo era (ed è) circondato, *ex art. 14-quater* ord. penit., da un catalogo di diritti intangibili – e, dall'altro, il limite “relativo”, costituito dal rapporto funzionale tra il regime differenziato e le esigenze di ordine e sicurezza pubblica, appariva non tanto come «un filtro posto per impedire efficacemente gli abusi» quanto piuttosto come «una valvola perennemente aperta»<sup>5</sup>. In altri termini, in mancanza di un adeguato confine normativo, il potere del Ministro risultava sottratto ai vincoli della legalità e, perciò, estremamente arbitrario.

A circoscrivere il regime differenziato entro un alveo costituzionale pensò

---

(2) In questi termini L. D'AMBROSIO, *Prorogato il trattamento penitenziario “di rigore”*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 420 ove, peraltro, si sottolinea che «tali “diritti o facoltà” penitenziari sono in sé forieri di pericolo per la sicurezza esterna e meritano di essere esclusi ovvero almeno limitati nei casi in cui la loro totale esclusione [...] dovesse avere valenza costitutiva di un trattamento contrario al senso di umanità».

(3) Così T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 186.

(4) Sull'indeterminatezza e la discrezionalità del potere conferito al Ministro di grazia e giustizia, cfr., tra i primi commentatori, N. DE RIENZO, *op. cit.*, p. 103; A. MARTINI, *Commento all'art. 19 D.L. 8/6/1992*, in *L. p.*, 1993, p. 213; T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 186; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, f. 3, p. 145; F. P. C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1260; F. GIUNTA, *Art. 1 l. 16.2.1995 n. 36*, in *L. p.*, 1996, p. 47; P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale. Guida ragionata alle problematiche ed alla casistica*, Padova, 1998, p. 379. Nella stessa direzione L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova, 2000, p. 346.

(5) Per tutte queste considerazioni v., ampiamente, N. DE RIENZO, *op. cit.*, p. 103 e ss.

la Consulta che, con importanti sentenze interpretative di rigetto, segnò i limiti di carattere “interno” ed “esterno” oltre i quali la sospensione delle ordinarie regole del trattamento non può spingersi<sup>6</sup>. In particolare, il Giudice delle leggi, chiamato a saggiare la conformità dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. con la Carta fondamentale, ebbe modo di precisare, tra l'altro, che «l'Amministrazione penitenziaria può adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena (*recitius*: della detenzione), che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna, e che naturalmente rimangono soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione» essendo, pertanto, «da escludere che misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena, quali quelle che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere (c.d. misure extramurali), e che perciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto, possano essere adottate al di fuori dei principi della riserva di legge e della riserva di giurisdizione specificamente indicati dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione»<sup>7</sup>. Ne deriva quindi che «la norma in esame può essere interpretata in modo aderente al dettato costituzionale» riconoscendo al Ministro il potere di so-

---

(6) Sulla giurisprudenza costituzionale relativa alla versione originaria dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. cfr., ampiamente, M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1281 e ss.; M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-*bis* e 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, 2003, p. 418 e ss. nonché L. FILIPPI, *La “novella” penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle camere penali e una “controriforma” che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 24 e ss. Al fine di dare piena attuazione ai dettami della Corte vennero adottati alcuni provvedimenti ministeriali (decreto 4 febbraio 1997, circolare 7 febbraio 1997 n. 531938-1.1.41 e circolare 20 febbraio 1998 n. 148885/4), i quali disciplinavano le concrete modalità di esecuzione del regime detentivo speciale senza, tuttavia, fugare le perplessità e i problemi derivanti dall'ampia genericità della norma in esame. Per questa considerazione v. L. BLASI, *L'articolo 41-*bis* comma 2° dell'ordinamento penitenziario: una rilettura alla luce della legge n. 279/02*, in *Rass. penit. crim.*, 2003, f. 1-2, p. 247; ID., *Il 41bis e il carcere duro per i mafiosi. Sicurezza e garanzie, nodi da sciogliere*, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 16, p. 55. V. anche D. PETRINI, *Il regime di “carcere duro” diventa definitivo*, in *L. p.*, 2003, p. 246. In merito alle citate circolari cfr. M. VAUDANO, *La pericolosità delle associazioni mafiose impone cautela nelle “aperture” del 41-*bis**, in *Guida dir.*, 1998, f. 9, p. 107 e s.; G. LA GRECA, *L'applicazione “dell'art. 41-*bis*” sotto costante verifica*, in *Dir. pen. Proc.*, 1997, p. 754 e s.

(7) In questi termini Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Analogamente Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Si noti, peraltro, come, secondo la Corte costituzionale, il regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., «nella sua concreta applicazione», venga ad assumere «un contenuto largamente coincidente» con quello del regime di sorveglianza particolare. Così Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

spendere soltanto quelle «regole ed istituti che già nell'Ordinamento penitenziario appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione penitenziaria e che si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto».

Se dalle statuizioni innanzi riportate è agevole ricavare quelli che potrebbero definirsi come limiti “esterni” del regime speciale, la Corte costituzionale non ha mancato di sottolineare anche l'importanza dei limiti “interni” affermando, tra le altre cose, che «le restrizioni apportate rispetto all'ordinario regime carcerario non possono essere liberamente determinate, ma possono essere [...] solo quelle congrue rispetto alle predette specifiche finalità di ordine e di sicurezza»<sup>8</sup>. Mancando tale congruità, precisa la Consulta, «le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»<sup>9</sup>.

Questi “paletti”, fissati dalla Corte sotto la vigenza dell'originario secondo comma, conservano tuttora una centrale importanza.

## **2. Il catalogo di restrizioni disciplinato dal comma 2-quater: considerazioni generali**

Contestualmente alla stabilizzazione del “carcere duro”, la novella del 2002 è intervenuta in modo assai importante sulla disciplina dell'istituto con l'obiettivo «di dare contenuto ai vincoli ed alle limitazioni che ne costituiscono la sostanza»<sup>10</sup>. In questa direzione, il legislatore ha introdotto nel corpo dell'art. 41-bis ord. penit. il comma 2-quater al quale è stato attribuito il compito di predeterminare *ex lege* le singole misure restrittive, sottraendole con ciò alla discrezionalità del Guardasigilli<sup>11</sup>. A tal fine si è «attinto a piene mani» dalle indicazioni fornite in

---

(8) Così Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(9) Così Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, *cit.*

(10) Così Senato della Repubblica. XIV Legislatura. Relazione al disegno di legge recante «Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario», stampato n. 1487, p. 2, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(11) In merito a ciò A. DI GIOVANNI, *Il “carcere duro” alla prova dei fatti. Una riforma nel rispetto dei valori costituzionali*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 42, p. 71 ha osservato quanto segue: «oc-

alcune circolari<sup>12</sup> e si è sostanzialmente “codificato”, non senza rilevanti modifiche, il contenuto tipico dei decreti ministeriali sino ad allora emanati in applicazione del “vecchio” secondo comma<sup>13</sup>. Quel che ne è scaturito è un lungo catalogo di prescrizioni – dalla lettera *a*) alla lettera *f*) – che, alla medesima stregua di quanto avveniva nel periodo *ante* riforma, incidono sia sul piano della socialità interna che su quello dei rapporti con l'esterno.

L'intervento normativo del 2002 è stato, peraltro, dichiaratamente orientato al rispetto dei limiti tracciati dalle pronunce della Corte costituzionale sopra ricordate<sup>14</sup>. In questo senso va letta l'introduzione dell'ultimo periodo del secondo comma ove si precisa che «la sospensione [delle regole trattamentali e degli istituti penitenziari] comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle [esigenze di ordine e sicurezza pubblica] e per impedire i collegamenti con l'associazione» criminale, terroristica o eversiva<sup>15</sup>. Tale statuizione, lungi dal rappresentare soltanto una mera “dichiarazione di intenti”, esplica la funzione di “controlimite” a presidio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento ai soggetti *in vinculis*, precludendo l'adozione di misure che non trovino giustificazione negli obiettivi cui la disciplina *extra ordinem* ottempera. Nondimeno, atteso che il catalogo di cui al comma *2-quater* dovrebbe costituire una garanzia per il detenuto contro dispo-

---

corre dare atto della volontà e dello sforzo compiuto dal legislatore per dare forma e contenuto ad un istituto che fino ad oggi si presentava con larghi margini di elasticità interpretativa».

(12) In questi termini D. PETRINI, *op. cit.*, p. 247.

(13) Sul punto cfr. L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 459; S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 14; ID., *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 96; A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 301 e s.

(14) S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 14; ID., *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 97 e s.; L. BRESCIANI, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti. L'ombra del «silenzio-diniego» ministeriale*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 36; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 205. La volontà del legislatore di adeguarsi alle statuizioni della Consulta intervenute in tema di regime detentivo speciale è stata peraltro espressa nella relazione al disegno di legge relativo alla riforma del 2002 mediante la quale, infatti, «si è inteso procedere ad una ristrutturazione complessiva dell'istituto orientata al rispetto dei limiti individuati dalle decisioni della Corte costituzionale». In questi termini *Senato della Repubblica. XIV legislatura. Relazione* al disegno di legge recante «*Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*», cit., p. 2.

(15) Con questa statuizione si è “codificato” il limite interno delineato dalla Corte costituzionale. V., per tutte, Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, *cit.*

zioni arbitrarie, meritano di essere condivise le voci dottrinali che contestano alla novella in argomento il fatto di non aver espressamente previsto «uno “zoccolo duro” di posizioni soggettive [...] intangibili»<sup>16</sup>, sottratte cioè al potere ablatorio del Ministro, al pari di quanto avviene, ai sensi dell'art. 14-*quater* ord. penit., con riferimento al regime di sorveglianza particolare. Una simile omissione acquista un peso rilevante giacché non tutte le restrizioni vengono disciplinate in maniera sufficientemente dettagliata da non lasciare all'organo amministrativo lo spazio per residuali “margin di manovra”.

La legge 15 luglio 2009 n. 94 ha riformato *in peius* il comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit., da un lato, prevedendo nuove misure restrittive ed inasprensando parte di quelle già contemplate dall'originaria formulazione; dall'altro, “blindando” il contenuto del decreto ministeriale. Sotto quest'ultimo profilo – del primo si darà conto nei singoli paragrafi – il legislatore ha, infatti, modificato il tenore letterale dell'*incipit* del suddetto comma 2-*quater* ove ad introdurre il novero delle prescrizioni adottabili è ora il seguente periodo: «la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede...». Come è stato messo in evidenza in dottrina, l'utilizzo del verbo «prevede» in luogo della precedente forma servile «può comportare» ha fortemente ridotto la discrezionalità dell'amministrazione la quale è, pertanto, tenuta ad applicare cumulativamente tutte le misure disciplinate dallo stesso articolo, senza la possibilità di modulare diversamente il contenuto del regime speciale<sup>17</sup>.

(16) Così D. PETRINI, *op. cit.*, p. 247. Nella stessa direzione cfr. L. CESARIS, sub art. 41-*bis* ord. penit., 2015, cit., p. 457; L. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 36.

(17) Per queste considerazioni cfr. L. CESARIS, sub art. 41-*bis* ord. penit., 2015, cit., p. 459; M. F. CORTESI, *L'inasprimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1083 e s.; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 205; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38*, Milano, 2009, 458; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 152 e s.; M. F. CORTESI, *Il nuovo regime di detenzione differenziato ai sensi dell'art. 41-*bis* L. N. 354/1975*, in F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materia di sicurezza pubblica)*, aggiornato dalle novità introdotte dalla “Legge finanziaria 2010”, dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo “mille occhi sulle città” dell'11 febbraio 2010, Milano, 2010, p. 913; C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 413; L. BRESCIANI, *Commento al comma 25 dell'art. 2 legge 15 luglio 2009, n. 94*,

La riscrittura della disposizione *de qua* ha risolto *per tabulas* la *querelle* interpretativa sorta durante la vigenza del vecchio comma 2-*quater*<sup>18</sup> con l'obiettivo di uniformare il trattamento dei detenuti al 41-*bis* secondo un unico rigido paradigma giacché un'applicazione differenziata dell'istituto consentirebbe a coloro che sono sottoposti alle restrizioni più severe di eluderle avvalendosi dell'intermediazione di coloro ai quali, invece, sono concesse maggiori occasioni di contatto con l'esterno<sup>19</sup>. D'altronde, come evidenziato da una parte della dottrina, le norme a carattere preventivo – a differenza di quelle sanzionatorie, le quali impongono una dosimetria della pena – non sono suscettibili di essere adattate soggettivamente né in relazione all'entità del fatto che ha cagionato la detenzione, né in rapporto alla personalità del detenuto<sup>20</sup>: donde la “standardizzazione” del regime speciale mediante la rigida predeterminazione delle misure adottabili, a cui si accompagna, come vedremo nei successivi capitoli, la soppressione del potere del tribunale di sorveglianza di annullare parzialmente i decreti ministeriali modificando le limitazioni ritenute incongrue rispetto alle esigenze di prevenzione cui adempie il “carcere duro”<sup>21</sup>.

La scelta di cristallizzare il contenuto del provvedimento ha, tuttavia, suscitato tra gli interpreti non poche perplessità giacché l'attuale formulazione non permette di tenere conto della “varietà del concreto” dovendosi, invero, disporre le medesime prescrizioni pur in presenza di gradazioni più o meno sfumate di pericolosità<sup>22</sup>. Ciò induce a ritenere violato il principio del finalismo rieducativo della

---

in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario al “pacchetto sicurezza” l. 15 luglio 2009 n. 94*, Torino, 2011, p. 290.

(18) Secondo S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 728 l'espressione «può comportare» andava intesa nel senso di conferire all'amministrazione «il potere» di dare attuazione all'elenco delle limitazioni rigidamente inteso. *Contra*, A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 307 a detta del quale il catalogo di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit. sarebbe stato «un catalogo, dal quale il provvedimento applicativo «può» attingere». In quest'ultima direzione v. anche L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 430.

(19) In questo senso A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 458. Sull'importanza dell'uniformità di trattamento v., ampiamente, S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis*, cit., p. 728.

(20) S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 86.

(21) Per questa considerazione v. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 458 e s.

(22) G. M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015, p. 23 e ss. F.

pena, atteso che non è ora possibile adattare l'istituto alle esigenze del sottoposto, nonché il principio di non colpevolezza e di uguaglianza, dato che indagati, imputati e condannati finiscono per essere trattati allo stesso modo<sup>23</sup>. Cionondimeno, è bene precisare come, nel singolo caso di specie, di fronte ad “accadimenti problematici” che fuoriescono dalla normalità delle ipotesi sulle quali la disciplina legislativa è stata calibrata, possa procedersi ad una diversa configurazione del contenuto del decreto ministeriale, disapplicando quelle restrizioni che, in considerazione delle peculiarità della vicenda, si rivelino lesive di un diritto fondamentale del detenuto consacrato dalla Costituzione ovvero dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>24</sup>. In questo senso, infatti, non di rado «l'amministrazione si è spinta, con esercizio di potestà discrezionale, a modulare i severi limiti del regime speciale in nome di esigenze umanitarie, accordando deroghe temporanee ed eccezionali al rispetto di alcune previsioni normative vincolate (e vincolanti)»<sup>25</sup>.

### **3. *Gli accorgimenti di natura logistica e custodiale imposti dal regime detentivo speciale***

L'art. 41-bis comma 2-*quater* ord. penit. detta, al primo periodo, alcuni accorgimenti di natura logistica e custodiale, specificando, in particolar modo, che «i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere 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»<sup>26</sup>. La disposizione, introdotta ad opera della legge 94/09, re-

---

RESTA, *La nuova disciplina dell'art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2687 ritiene che, in mancanza della necessaria mancanza di individualizzazione del contenuto del provvedimento, l'istituto rischia di ridursi a «misura dal carattere prevalentemente retributivo».

(23) Cfr. L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 459; M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, cit., p. 1083 e s.

(24) Sul punto v., ampiamente, G. M. NAPOLI, *Dal principio alle regole*, cit., p. 9 e ss.

(25) Le espressioni testualmente riportate sono di F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del “41-bis” e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, f. 2, p. 12.

(26) Al dicembre 2015, gli istituti penitenziari destinati ad ospitare i detenuti sottoposti al 41-bis erano i seguenti 12: Ascoli Piceno, Bancali (SS), Cuneo, L'Aquila, Novara, Opera (MI), Parma, Roma Rebibbia, Spoleto, Terni, Tolmezzo (UD), Viterbo. V. *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto sul Regime Detentivo Speciale. Indagine Conoscitiva sul 41-bis (aprile 2016), p. 50, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it). Nella medesima relazione (p. 62) si invita a “rivedere” la previsione di cui al

cepisce e rende inderogabile quanto già avveniva *ante litteram* prima della riforma<sup>27</sup>, con l'obiettivo di offrire piena attuazione alla peculiare *ratio* del “carcere duro”, garantendone effettività ed efficacia<sup>28</sup>. Invero, la collocazione dei soggetti ad esso sottoposti in istituti penitenziari (o in sezioni) *ad hoc* risponde all'esigenza di impedire il contatto tra detenuti “ordinari” e detenuti al 41-*bis*, scongiurando per questa via il pericolo che i secondi, avvalendosi dell'eventuale compiacenza dei primi – cui è assicurata una maggior apertura verso l'esterno –, possano veicolare messaggi illeciti ai sodali operanti sul territorio e seguire la loro attività criminale<sup>29</sup>. Peraltro, la regola della separazione logistica può riguardare anche taluni servizi la cui istituzione è prevista dall'ordinamento penitenziario come, ad esempio, la biblioteca che, ove possibile, nelle sezioni speciali è distinta da quella messa a disposizione della generalità della popolazione ristretta, sì da evitare indebite occasioni di contatto o di scambio di volumi<sup>30</sup>.

Quanto all'indicazione delle aree insulari quali luoghi preferenziali per la sistemazione dei soggetti sottoposti alla disciplina *extra ordinem*, si segnala che, nei propositi del legislatore, il riferimento andava inteso alle “supercarceri” dell'Asinara e di Pianosa<sup>31</sup> – già “rodate” nei primi anni di applicazione del 41-*bis*<sup>32</sup> –

---

comma 2-*quater* sopra citata poiché «gli istituti esclusivamente dedicati sembrano comportare un aggravamento delle condizioni di detenzione, determinato proprio dalla specializzazione e dunque dall'assenza di ordinarie condizioni di detenzione che connotino l'esperienza professionale del personale penitenziario».

(27) In questa direzione F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. penit.)*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 1, p. 4; L. BRESCIANI, *Commento al comma 25*, cit., p. 289; M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 912; A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 456; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 458.

(28) V., in tal senso, P. CORVI, *op. cit.*, p. 169; FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 4.

(29) F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 4.

(30) F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 5.

(31) Per questa considerazione v. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 456; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 459; P. CORVI, *op. cit.*, p. 169.

(32) Sul punto v., ampiamente, S. ARDITA, *Ricatto allo stato*, Milano, 2011, p. 28 e ss. Come noto, la “stagione delle Supercarceri” di Pianosa, sezione Agrippa, e dell'Asinara, sezione Fornelli, costituisce una pagina buia della nostra storia repubblicana. In particolare, Pianosa – ribattezzata, non a caso, “l'isola del diavolo” – è stata teatro di una serie di abusi e maltrattamenti non lontani dalle vergognose esperienze di Guantanamo Bay o di Abu Ghraib. Già nel 1993, Amnesty International aveva denunciato che dai primi colloqui dei detenuti con i familiari e con gli avvocati, svolti nell'agosto dell'anno precedente, era emerso che «*many prisoners appeared dirty and undernourished and that they had been punched, kicked, subjected to arbitrary beatings with batons, repeatedly threatened and insulted, and had been forced to run continuously during exercise periods*».

di cui era stata prevista la riapertura dal Governo<sup>33</sup>, riapertura che ad oggi non ha ancora avuto luogo malgrado alcune autorevoli manifestazioni di favore in merito<sup>34</sup>. Tuttavia, non può negarsi come la genericità della disposizione in esame ne autorizzi l'estensione anche ad altre zone insulari tra cui, paradossalmente, la Sicilia, culla di molti dei detenuti in regime speciale<sup>35</sup> ovvero, meno paradossalmente, la Sardegna, regione nella quale, non a caso, si intende riunire gli istituti destinati all'applicazione del "carcere duro".

Ciononostante, quel che emerge con sufficiente chiarezza dalla lettura della norma in esame è la volontà del legislatore di derogare, da un lato, al criterio secondo cui l'assegnazione avviene in funzione del trattamento rieducativo (art. 14 ord. penit.) e, dall'altro, al principio di territorialità dell'esecuzione penale, in forza del quale le persone *in vinculis* vengono collocate «in istituti prossimi alla residenza delle famiglie» (art. 42 comma 2 ord. penit.)<sup>36</sup>. Invero, stando alla prassi

---

Così *Amnesty International*, Rapporto del 1993, p. 172. Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo – pur affermando che il quadro probatorio e gli elementi raccolti non hanno permesso di provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che i ricorrenti sono stati sottoposti a trattamenti disumani o degradanti – ha pesantemente condannato il nostro Paese per la violazione dell'art. 3 CEDU in ragione del fatto che le autorità italiane non hanno condotto un'approfondita ed effettiva indagine sui maltrattamenti denunciati. In tal senso cfr. Corte eur. dir. uomo, 1 marzo 2000, n. 26722/95, *Labita c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, 18 ottobre 2001, n. 31143/96, *Indelicato c. Italia*. In dottrina, v., per tutti, G. LA GRECA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Labita*, in *Rass. penit. crim.*, 2000, f. 1-3, p. 199 e ss.; A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 226 e ss. Ciò che viene denunciato dai ricorrenti non è degno di uno Stato democratico: schiaffi, calci, pugni, manganellate, intimidazioni, minacce, insulti, sveglie notturne ingiustificate, docce fredde, umiliazioni come il fatto che durante le visite mediche il detenuto dovesse restare ammanettato, vessazioni come l'obbligo di correre in corridoi resi appositamente scivolosi, ecc.

(33) V. *Senato della Repubblica. XVI Legislatura. 141ª seduta pubblica, Assemblea, Resoconto stenografico mercoledì 4 febbraio 2009*, intervento Sen. G. Lumia, p. 21, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(34) Si veda, ad esempio, *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, intervento del dott. N. Gratteri, *Resoconto sommario* n. 47 del 04/06/2014, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it). ove si legge che «la decisione di chiudere le carceri di Pianosa e Asinara è discutibile perché la loro collocazione determinerebbe un effettivo isolamento del detenuto». Cfr., inoltre, *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, intervento del dott. F. Roberti, *Resoconto sommario* n. 51 del 26/06/2014, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it): «il dottor Roberti [...] dichiara di essere d'accordo sull'utilizzo delle piccole isole come sedi di carceri dedicate ai detenuti in regime differenziato, ma solo in seguito a una ristrutturazione totale delle strutture esistenti».

(35) Per queste osservazioni L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 459.

(36) In questo senso cfr. P. CORVI, *op. cit.*, p. 169. Si noti che ad essere derogato è altresì, sul piano pattizio, quanto sancito da *Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee*, regola n. 17 là dove prevede che

consolidatasi in questi anni, «la distribuzione sul territorio dei detenuti sottoposti al regime del 41-*bis* viene fatta in base all'operatività dell'organizzazione di appartenenza» evitando «contatti tra personaggi di spicco della criminalità, e ciò a prescindere dalle formazioni malavitose alle quali appartengono»<sup>37</sup>.

Questo speciale criterio di assegnazione si pone in linea con gli obiettivi di prevenzione perseguiti dal legislatore: la lontananza dal *background* criminale di provenienza impedisce, infatti, condizionamenti ambientali e rende meno agevole la tessitura di relazioni con la consorteria delinquenziale operante all'esterno. Nondimeno, in antitesi con quanto sancito dall'art. 28 ord. penit., esso può finire per ostacolare il mantenimento delle relazioni tra il soggetto in carcere e la sua famiglia in ragione della lontananza del luogo di residenza della stessa da quello di detenzione<sup>38</sup>.

In concreto, l'individuazione dell'istituto è demandata alla Direzione generale dei detenuti e del trattamento<sup>39</sup> che, nel fare ciò, tiene conto delle criticità sorte nel corso della carcerazione attuale o pregressa nonché delle problematiche di natura sanitaria eventualmente emerse dall'attenta consultazione del fascicolo personale dell'interessato. È peraltro agevole comprendere come l'allocazione di co-stui in una struttura piuttosto che in un'altra dipenda strettamente dalle informazioni fornite dalle competenti Direzioni distrettuali antimafia, dalla Procura nazio-

---

«i detenuti devono essere assegnati, per quanto possibile, in istituti vicini alla propria famiglia o al loro centro di reinserimento sociale. L'assegnazione deve anche prendere in considerazione le esigenze relative ai procedimenti penali, alla sicurezza oltre che alla necessità di offrire dei regimi appropriati a tutti i detenuti. Per quanto possibile, i detenuti devono essere consultati circa la loro assegnazione iniziale nonché per ogni ulteriore trasferimento da un istituto ad un altro».

(37) Così *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, intervento del dott. R. Piscitello, *Resoconto sommario* n. 49 del 18/06/2014, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(38) Sul punto v. Corte eur. dir. uomo, 29 gennaio 2008, n. 19270/07, *Pesce c. Italia* secondo cui solo in presenza di circostanze eccezionali il fatto di detenere una persona in un istituto lontana dalla sua famiglia al punto tale da rendere difficile, se non impossibile, qualsiasi visita, può determinare una ingerenza nel diritto alla vita familiare. Nella stessa direzione Corte eur. dir. uomo, 6 aprile 2000, n. 40750/98, *Ospina Vargas c. Italia*.

(39) Ai sensi dell'art. 7 comma 2 lett. *d*) del D.P.R. 6 marzo 2001 n. 55, la Direzione generale dei detenuti e del trattamento provvede, tra l'altro, alla «gestione dei detenuti sottoposti ai regimi speciali». Al suo interno è, infatti, istituito l'Ufficio detenuti alta sicurezza a cui compete, fra le altre cose, la «gestione dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art.41-*bis* ord. penit., dei cd. politici e degli appartenenti al circuito Elevato indice di vigilanza e dei collaboratori di giustizia». V., in questi termini, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

nale antimafia e dagli organi di polizia in quanto autorità preposte al costante monitoraggio delle dinamiche interne al mondo del crimine organizzato.

Effettuata la scelta della struttura, è la direzione dell'istituto che provvede all'ubicazione del detenuto all'interno della sezione, in osservanza delle indicazioni dipartimentali<sup>40</sup>. Peraltro, i soggetti nei cui confronti è applicato il 41-*bis*, salvo particolarissime eccezioni<sup>41</sup>, sono rigorosamente assegnati in celle singole posto che «la coabitazione per l'intero arco della giornata – rispetto ad una collocazione in camere distinte – potrebbe rappresentare un *vulnus* alla tenuta del regime, agevolando notevolmente la possibilità per i co-detenuti di concordare e realizzare condotte elusive delle finalità preventive» della disciplina *extra ordinem*<sup>42</sup>.

Per ciò che attiene, invece, alla logistica “interna” degli istituti penitenziari, il comma 2-*quater* lett. *f*) rimette all'amministrazione penitenziaria il potere di adottare «tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione», al fine di «garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi». Il perseguimento di questi obiettivi, come si può agevolmente comprendere, è tanto più effettivo quanto maggiore è l'adeguatezza architettonica dell'edificio carcerario poiché l'esigenza di impedire le suddette comunicazioni rischia di divenire impraticabile là dove il numero di camere sia assai superiore a quelle sufficienti ad ospitare un gruppo di socialità di massimo quattro persone<sup>43</sup>. È questa la ragione per cui, a fronte dell'inefficienza di taluni istituti<sup>44</sup>, si sta oggi procedendo alla creazione di nuove strutture, appositamente fina-

---

(40) Per tutte queste indicazioni v., ampiamente, F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 8 e s.

(41) In questo senso si pensi, ad esempio, all'opportunità di affiancare un cd. piantone ad un detenuto parzialmente impossibilitato, per ragioni di salute, a provvedere alle proprie necessità quotidiane.

(42) F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 10.

(43) V., in questa direzione, F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 9.

(44) Sul punto si è tuttavia osservato quanto segue: «le strutture che ospitano i detenuti sottoposti al 41 *bis* sono nate spesso come strutture carcerarie femminili – nate dunque con lo scopo, ben diverso ed addirittura opposto a quello che deve realizzare il regime di cui all'art. 41 *bis* o.p. di promuovere la socialità tra le detenute – e con le conseguenti difficoltà strutturali che tali istituti hanno nell'impedire le comunicazioni interne alle carceri, nel senso che le celle spesso si trovano sullo stesso corridoio e che tale situazione rende, appunto, molto difficile impedire comunicazioni tra i detenuti, che poi possono essere veicolate in via indiretta all'esterno (ad es. attraverso familia-

lizzate ad accogliere detenuti sottoposti al regime speciale, suddivise in “micro-sezioni” da quattro con, all'interno, infermeria, saletta colloqui, postazione remota per la videoconferenza e locale per il passeggio e le attività risocializzanti.

Fotografando normativamente la prassi invalsa nel periodo *ante* riforma, il legislatore del 2009 ha previsto che la custodia delle strutture (o delle sezioni) detentive destinate all'accoglimento dei soggetti nei cui confronti è stata disposta la sospensione delle ordinarie regole del trattamento sia affidata a «reparti specializzati della polizia penitenziaria»<sup>45</sup>. Il riferimento è da intendersi al Gruppo operativo mobile (G.O.M.) il quale, infatti, ai sensi dell'art. 2 comma 2 del D.M. 4 giugno 2007, provvede, tra l'altro, «al servizio di custodia dei detenuti sottoposti al regime speciale previsto dall'art. 41-*bis* comma 2 legge 26 luglio 1975 n. 354» e «cura le traduzioni ed i piantonamenti dei detenuti ed internati ad altissimo indice di pericolosità e con particolare posizione processuale che possono essere effettuate, per motivi di sicurezza e riservatezza, con modalità operative anche in deroga alle vigenti disposizioni amministrative in materia»<sup>46</sup>.

---

ri di altri detenuti)». In questi termini, *Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo nonché dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso*, Febbraio 2016 (periodo 1 luglio 2014 – 30 giugno 2015), p. 448. Inoltre, v. *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, intervento del dott. N. Gratteri, *Resoconto sommario* n. 47 del 04/06/2014, *cit.*

(45) Cfr. C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*, *cit.*, p. 414. Scrivono F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, *cit.*, p. 15: «uno degli aspetti che differenziano tra loro i circuiti penitenziari consiste nella maggiore o minore attribuzione di personale di sorveglianza. È chiaro come tale scelta amministrativa possa incidere sul livello di sicurezza concretamente assicurato in una determinata sezione. Per il circuito 41-*bis* ord. penit., il legislatore ha ritenuto di procedere oltre, non limitandosi a demandare all'Amministrazione penitenziaria valutazioni di tipo meramente quantitativo, ma dettando un'importante norma concernente la qualità degli operatori addetti a tale delicatissimo compito di controllo».

(46) Il Gruppo Operativo Mobile (G.O.M.) è stato istituito nel 1997 con un provvedimento del Capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria raccogliendo l'eredità di un altro reparto, lo “S.C.O.P.P.” (Coordinamento delle attività operative di Polizia Penitenziaria) istituito nei primi anni 90 e del “Battaglione Mobile” dell'allora Corpo degli Agenti di Custodia, che operò a cavallo fra gli anni '70 ed '80. Ha trovato definitivo riconoscimento normativo con il D.M. 19 febbraio 1999, ora abrogato dal D.M. 4 giugno 2007 ai sensi del quale «il G.O.M., unità di livello dirigenziale non generale nell'ambito dell'ufficio del capo del dipartimento, è alle dirette dipendenze del capo del dipartimento che ne dispone l'impiego». Al fine di tutelare e aumentare i livelli di sicurezza, il personale del G.O.M. non è stanziato nella sede dove presta servizio e ruota con cadenza quadrimestrale nei Reparti Operativi situati all'interno dei diversi Istituti Penitenziari dislocati sul territorio.

#### 4. *Le misure di elevata sicurezza interna ed esterna*

A mente dell'art. 41-bis comma 2-*quater* lett. a) ord. penit. il Guardasigilli può adottare «misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate»<sup>47</sup>.

Innanzitutto, dalla lettura della disposizione in esame risulta chiaro come essa incarni, in maniera paradossale, le sembianze di una norma di chiusura<sup>48</sup>, il che ne rende di certo opinabile la collocazione sistematica atteso che, a ragione delle sue caratteristiche, andrebbe più correttamente posta in coda all'elenco e non in apertura. Inoltre, stante l'estrema genericità della sua formulazione<sup>49</sup>, non si rinviene *prima facie* alcun dato relativo alla natura delle misure adottabili, tanto che una parte minoritaria degli interpreti vi ha rinvenuto una sorta di «norma “manifesto”, volta ad indicare gli obiettivi di massima» del “carcere duro”<sup>50</sup>. Tuttavia, il fatto che la disposizione sia collocata all'interno di un elenco di restrizioni finalizzato ad individuare ciò che «la sospensione delle regole di trattamento [...] prevede» porta, qui, a non condividere tale ipotesi. È altrettanto da escludere che il legislatore abbia inteso riferirsi alla sola possibilità di adottare misure di ordine logistico in quanto una simile lettura, da un lato, renderebbe la statuizione normativa in esame «del tutto pleonastica, poiché le misure logistiche e quelle organizzative [...] non comportano di per sé la sospensione delle ordinarie regole e degli istituti del diritto penitenziario»<sup>51</sup>; dall'altro lato, sembrerebbe esclusa in ragione della

(47) Sovente, nella prassi, il decreto ministeriale rimette la competenza ad adottare tali misure al direttore dell'istituto presso il quale il detenuto è ristretto.

(48) Così D. PETRINI, *op. cit.*, p. 247.

(49) In questo senso cfr. L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 457; A. DI GIOVANNI, *Ordinamento penitenziario, la riforma non è solo 41bis. Numerose le novità introdotte dalla legge 279/02*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 1, p. 10; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 205. Si noti come l'indeterminatezza della disposizione sia alimentata dall'utilizzo dell'avverbio «principalmente» che porta ad estendere il raggio d'azione dell'organo amministrativo anche al di là degli “obiettivi funzionali” indicati dalla disposizione stessa.

(50) In questi termini A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 302.

(51) Così S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 106; ID., *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 17. Nella stessa direzione L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 458.

circostanza che già la lett. *f*) dello stesso comma 2-*quater*, così come modificata dalla novella del 2009, consente l'adozione di «tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione».

Onde voler attribuire alla previsione *de qua* un'autonoma portata precettiva, sembra doversi in essa rinvenire una sorta di norma “in bianco”<sup>52</sup> volta a «consentire l'adozione di misure in deroga al regime ordinario e di limitazioni diverse da quelle indicate che comportano sospensione delle regole e degli istituti trattamentali»<sup>53</sup>, fermo restando il necessario rispetto dei limiti interni ed esterni a suo tempo tracciati dalla Corte costituzionale, come infatti precisato da taluni Autori<sup>54</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, a ben vedere, desta, tuttavia, non poca preoccupazione l'eccessiva discrezionalità lasciata all'organo amministrativo, specie se si considera che il tribunale di sorveglianza è stato privato – vedremo fino a che punto – della possibilità di vagliare, in sede di reclamo, la congruità delle misure adottate rispetto allo scopo perseguito dal regime speciale<sup>55</sup>.

Ci si potrebbe peraltro domandare se le restrizioni applicabili siano tali da incidere su regole od istituti già “compressi” per effetto delle successive disposizioni di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit. ovvero se debbano riguardare aspetti trattamentali diversi da questi ultimi. Per chiarire meglio il quesito, si pensi alla disciplina dei colloqui visivi: ad essi, l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit. riserva una regolamentazione particolarmente rigorosa la quale tuttavia non deroga *in toto* alle ordinarie regole in materia, non disponendo nulla, ad esempio, sulla durata del confronto. Dovendo escludere che le «misure di elevata sicurezza interna ed esterna» di cui sopra possano ulteriormente interferire su nor-

---

(52) L. BLASI, *L'articolo 41-bis comma 2°*, cit., p. 276 parla di “norma contenitore”.

(53) Cfr. L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 458; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 107; ID., *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 17.

(54) P. CORVI, *op. cit.*, p. 154; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 107; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 135 ove si evidenzia come il vincolo funzionale tra le misure adottate e gli obiettivi del regime non sia sempre presente.

(55) L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 458; F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 76.

me già colpite dalla lett. *b)* – si pensi alla norma che regola il numero dei colloqui – in quanto una soluzione simile ridurrebbe il catalogo di previsioni restrittive di cui al comma *2-quater* ad un mero *flatus vocis*, resta da capire se tali misure possano comunque incidere sui colloqui, seppur limitatamente agli aspetti non disciplinati – quali appunto la durata degli stessi –, ovvero se debbano riguardare soltanto materie – diverse dai colloqui, dalla corrispondenza, dai “pacchi”, ecc. – non sottoposte a specifica regolamentazione da parte dell'art. 41-*bis* ord. penit. La genericità con la quale il legislatore ha formulato la norma oggetto di questo paragrafo porta a ritenere preferibile la prima ipotesi non senza però trascinare con sé alcune criticità: infatti, se l'elenco previsto dal comma *2-quater* è concepito come un presidio a tutela del detenuto, la possibilità di inasprire ulteriormente la disciplina ivi prevista ne limita fortemente questa sua funzione di garanzia.

Peraltro, come osservato in dottrina, l'indeterminatezza della disposizione in esame rischia di vanificare gli obiettivi di tipizzazione del contenuto del provvedimento di sospensione delle ordinarie regole del trattamento perseguito con la riforma del 2002<sup>56</sup> nonché le esigenze di applicare in maniera uniforme il regime detentivo speciale<sup>57</sup> in quanto ciascun decreto ministeriale potrà astrattamente disporre restrizioni differenti rispetto agli altri, posto che non si rinviene nella norma *de qua* alcuna specificazione riguardo alla natura delle misure adottabili, restando fermi soltanto il limite interno e il limite esterno tracciati dalla Corte costituzionale.

Gli Stati generali dell'esecuzione penale, per queste ragioni, hanno avanzato la proposta di abrogare la lett. *a)* dell'art. 41-*bis* comma *2-quater* ord. penit.<sup>58</sup>.

---

(56) Cfr. R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 205; D. PETRINI, *op. cit.*, p. 247; L. BLASI, *L'articolo 41-bis comma 2°*, cit., p. 276; P. CORVI, *op. cit.*, p. 152. Secondo L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 458 la previsione di questa norma “in bianco” appare come il tentativo di aggirare i limiti posti dalla Corte costituzionale.

(57) V. L. BRESCIANI, *Commento al comma 25*, cit., p. 290.

(58) Cfr. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, p. 18, reperibile al sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

## 5. *La disciplina dei colloqui de visu e l'alternativa della corrispondenza telefonica*

L'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit. sottopone i colloqui visivi ad una disciplina speciale particolarmente restrittiva a ragion del fatto che essi rappresentano senza dubbio il più significativo canale di collegamento tra il detenuto e la società esterna ed, in quanto tali, possono potenzialmente costituire un'occasione (o, volendo, un diritto da adoperare surrettiziamente) per mantenere quei contatti con la criminalità organizzata che il regime differenziato si prefigge di impedire<sup>59</sup>. Di talché, evidenti esigenze di prevenzione, hanno spinto il legislatore a predisporre serie limitazioni all'istituto dei confronti *face to face* con lo scopo di impedire che le persone libere e, soprattutto, quelle legate al detenuto da un vincolo di parentela possano svolgere compiti d'intermediazione ovvero adoperarsi ad anello di congiunzione con il sodalizio criminale di riferimento<sup>60</sup>.

Per quanto concerne i colloqui *de visu* con familiari o conviventi<sup>61</sup>, la disposizione da ultimo citata, così come interpolata dalla novella del 2009<sup>62</sup>, ne limita drasticamente la frequenza in «uno al mese»<sup>63</sup>, in luogo della precedente e più flessibile determinazione in un numero «non inferiore [ad] uno e non superiore a due»<sup>64</sup>. Essi si svolgono «ad intervalli di tempo regolari» ed hanno «la durata mas-

(59) In questo senso F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 5. In giurisprudenza v., per analoghe considerazioni, Cass., Sez. I, 4 giugno 2014, n. 35488, M.G., in *Cass. pen.*, 2014, p. 4239.

(60) Così G. 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*, in *Dir. famiglia*, 2014, f. 1, p. 238.

(61) Ai sensi dell'art. 18 ord. penit., infatti, «particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari».

(62) Cfr. *Senato della Repubblica. XVI Legislatura. Relazione* al disegno di legge recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica», stampato n. 733-A, p. 6 e s., reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it) che manifesta l'intento 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: sono a tal fine ridotti i colloqui tra detenuti e famiglie, sia personali sia telefonici».

(63) In via ordinaria, l'art. 37 comma 8 reg. esec. prevede che «i detenuti e gli internati usufruiscono di sei colloqui al mese. Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4-*bis* della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto, il numero di colloqui non può essere superiore a quattro al mese».

(64) Come testimonia S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 212, durante la vigenza della versione *ante* riforma esigenze di uniformità di trattamento avevano suggerito di fissare, con i vari decreti applicativi, un solo colloquio mensile per tutti i detenuti sottoposti al 41-*bis*. Soltanto in casi eccezionali venivano concessi due colloqui mensili.

sima di un'ora»<sup>65</sup>, come previsto in via ordinaria<sup>66</sup>.

La Suprema Corte si è di recente pronunciata in merito alla questione molto discussa circa la possibilità per i soggetti nei cui confronti è applicato il “carcere duro” di cumulare le ore di visita rimaste inutilizzate, come generalmente consentito a sensi dell'art. 37 comma 10 reg. esec.<sup>67</sup>. In particolare, la Cassazione – smentendo la diversa prassi amministrativa<sup>68</sup> – ha affermato che «in assenza di specifiche disposizioni ministeriali, anche per i detenuti sottoposti al regime speciale [...] valgono le regole generali previste dall'ordinamento penitenziario non oggetto di sospensione» sicché «ove non espletato il colloquio mensile di un'ora con i familiari, qualora questi siano residenti in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto, deve essere riconosciuta a tali detenuti, ai sensi [della disposizione regolamentare da ultimo menzionata], la possibilità di fruire [...] di un colloquio prolungato sino a due ore»<sup>69</sup>.

(65) Gli Stati generali dell'esecuzione penale hanno avanzato la proposta di dilatare la durata del colloquio sino a due ore. V. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, cit., p. 18 e s.

(66) Infatti, in mancanza di un'espressa indicazione da parte dell'art. 41-bis comma 2-*quater* ord. penit., si applica, anche *in subiecta materia*, l'art. 37 comma 10 reg. esec. a mente del quale «il colloquio ha la durata massima di un'ora. In considerazione di eccezionali circostanze, è consentito di prolungare la durata del colloquio con i congiunti o i conviventi». Sull'applicabilità di questa disposizione anche ai detenuti sottoposti al “carcere duro”, ove non previsto diversamente dal provvedimento ministeriale, v., per tutte, Cass., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 3115, V.L., in *Dir. e giust.*, 23 gennaio 2015.

(67) Ai sensi dell'art. 37 comma 10 reg. esec. «in considerazione di eccezionali circostanze, è consentito di prolungare la durata del colloquio con i congiunti o i conviventi. Il colloquio con i congiunti o i conviventi è comunque prolungato sino a due ore quando i medesimi risiedono in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto, se nella settimana precedente il detenuto o l'internato non ha fruito di alcun colloquio e se le esigenze e l'organizzazione dell'istituto lo consentono».

(68) Per questa prassi v., in chiave critica, CPT/Inf (2010) 12, p. 35 ove si può leggere: «*the harmful effects of the lack of genuine human contact with fellow prisoners and staff were aggravated by the way in which contact with the outside world was regulated, particularly with families, first and foremost children. Most prisoners were entitled to only one hour of visits per month, under closed conditions, and they were prohibited from accumulating unused visiting time*».

(69) Così Cass., Sez. I, 17 settembre 2014, n. 38073, G.G., in *Dir. e giust.*, 18 settembre 2014. In senso analogo Cass., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 3115, V.L., cit.; Cass., Sez. I, 30 giugno 2014, n. 52545, O.P., *Dir. e giust.*, 19 dicembre 2014; Cass., Sez. I, 26 novembre 2013, n. 49726, Min. giust. in proc. Catello, in *CED Cass.*, n. 258421; Cass., Sez. I, 26 novembre 2013, Min. giust. in proc. Dell'Aquila, in *CED Cass.*, n. 258764; Cass., Sez. I, 4 giugno 2014, n. 35488, M.G., in *Cass. pen.*, 2014, p. 4239. In dottrina cfr. L. CESARIS, sub art. 41-bis ord. penit., 2015, cit., p. 459 e s. ed, in particolare, C. LARA, *Prime aperture nel regime di rigore: il prolungamento del colloquio mensile per il detenuto ex art. 41 bis ord. penit.*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, f. 2, p. 78 e ss.; A. FERRETTI, *Possibile il prolungamento dell'orario del colloquio familiare anche per detenuti sottoposti al 41-bis*, in *Dir. e giust.*, 2015, f. 3, p. 46. Sul punto v., anche, *Senato della Repubblica. XVII Legislatu-*

Ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit., al confronto visivo con il detenuto possono essere ammessi soltanto i «famigliari o conviventi»<sup>70</sup> vale a dire, secondo le disposizioni infra-legislative adottate dall'amministrazione, i parenti e gli affini sino al terzo grado<sup>71</sup>. La Suprema Corte, operando un bilanciamento tra l'esigenza di tutelare la *salus populi* e il diritto del soggetto *in vinculis* alla vita familiare ed al mantenimento di relazioni con i suoi più stretti congiunti, ha riconosciuto al detenuto la possibilità di avere colloqui visivi con il figlio sottoposto al “carcere duro” «mediante forme di comunicazione controllabili a distanza (come la videoconferenza), tali da consentire la coltivazione della relazione parentale e, allo stesso tempo, da impedire il compimento di comportamenti fra presenti, idonei a generare pericolo per la sicurezza interna dell'istituto o per quella pubblica»<sup>72</sup>.

I colloqui *de visu* con persone diverse da quelle sopra citate sono, al contrario, vietati salvo «casi eccezionali»<sup>73</sup> determinati volta per volta dal direttore

---

*ra. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 66, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it) ove si raccomanda «di facilitare lo svolgimento dei colloqui dei parenti dei detenuti e, in particolare di consentire la possibilità di cumulare le ore di colloquio non usufruite».

(70) Il generico riferimento ai «famigliari o conviventi», privo di alcun criterio interpretativo che consenta di individuare le persone qualificabili come tali, differenzia l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit. dall'art 14-*quater* comma 4 ord. penit. che, invece, parla espressamente di coniuge, convivente, figli, genitori e fratelli. Secondo L. CESARIS, sub art. 41-*bis* ord. penit., 2015, cit., p. 459 le persone ammesse al colloquio con il detenuto sottoposto al “carcere duro” andrebbero individuati in questi stessi soggetti.

(71) Nella prassi, di solito, al colloquio vengano ammessi un massimo di tre familiari adulti più, eventualmente, due minori infra-dodicenni.

(72) Così Cass., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 7654, T., in *CED Cass.*, n. 262417. Sul punto cfr. C. MINNELLA, *Possibile il colloquio del detenuto col figlio sottoposto al carcere duro tramite videoconferenza*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2015, f. 1, p. 62 e ss.; A. DE FRANCESCO, *Il diritto di visita non può essere precluso in maniera assoluta*, in *Dir. e giust.*, 2015, f. 6, p. 35 e ss. il quale afferma che «il riferimento alle “nuove” tecnologie è affascinante, ma è indubbio che non bisognava aspettare l'epoca di internet per poter concedere ad un padre di vedere suo figlio: in fondo, permettere loro di vedersi dietro uno specchio o a cinque e più metri di distanza non sarebbe stato poi così arduo neppure vent'anni fa. In realtà, il principio invocato dalla Cassazione è antichissimo, come antico è l'uomo e antichi sono gli errori che egli commette. D'altra parte, non è forse vero che “non è bene che l'uomo sia solo”?».

(73) La disposizione sopra riportata è stata introdotta in occasione della riforma del 2002 e deroga alla precedente prassi ministeriale che invece vietava in modo assoluto i colloqui con persone diverse dai famigliari o conviventi. Sul punto v. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 100. Si noti che per i detenuti in regime ordinario, a norma dell'art. 37 comma 1 reg. esec., «i colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi». Posta l'eccezionalità, per i detenuti sottoposti al regime speciale, di effettuare colloqui con i terzi, si deve ritenere che l'espressione «casi eccezionali» vada interpretata in modo più

dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi dell'art. 11 comma 2 ord. penit.<sup>74</sup>. Sul punto, la giurisprudenza si è trovata ad affrontare casi del tutto peculiari. A titolo esemplificativo, si può osservare come la Corte di cassazione, censurando il rigetto dell'autorità amministrativa prima e del magistrato di sorveglianza poi, abbia ammesso che, «in linea di massima, non pare possibile negare ad un credente – ed a maggior ragione ad un testimone di geova, per il quale è importante lo studio della bibbia – almeno una qualche forma di approccio con il ministro del proprio culto, al fine di poter approfondire lo studio dei testi biblici, ferma restando l'esigenza che il colloquio si svolga con modalità tali da assicurare l'ordine e la sicurezza dell'istituto carcerario»<sup>75</sup>. In direzione affatto diversa, la magistratura di sorveglianza, nell'affermare che il Garante regionale dei diritti dei detenuti e il soggetto *in vinculis* possono effettuare colloqui in senso tecnico<sup>76</sup>, ha disposto la sottoposizione degli stessi alla disciplina dettata dall'art. 41-*bis* ord. penit., riconoscendo al direttore dell'istituto la possibilità di richiedere all'autorità giudiziaria competente di autorizzare, se del caso, l'effettuazione del controllo auditivo e della registrazione, impregiudicata la videosorveglianza<sup>77</sup>.

rigido rispetto all'ordinaria espressione «ragionevoli motivi». In questo senso v. G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, p. 231.

(74) Dalla lettura dell'art 240 del D.lgs. 28 luglio 1989 n. 271 (recante «Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale») si può ricavare come il provvedimento in questione venga adottato con ordinanza dal giudice che procede ovvero, prima dell'esercizio dell'azione penale, dal giudice per le indagini preliminari. Sul punto cfr. A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 303; G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 230, nt. 54.

(75) Cfr. Cass., Sez. I, 8 marzo 2011, n. 20979, D., in *CED Cass.*, n. 250506.

(76) Nel caso di specie, infatti, la direzione dell'istituto interessato, in ossequio a quanto sancito dalla circolare 7 novembre 2013 n. 3651/6101, aveva vietato al Garante regionale di effettuare veri e propri colloqui con i detenuti.

(77) In questa direzione Trib. Sorv. Perugia, 13 novembre 2015, n. 1164, in *www.archiviopenale.it*. Sul punto v. L. CESARIS, *Quali garanzie per il garante dei detenuti?*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 2, p. 13 secondo cui «tale decisione suscita non poche perplessità in relazione alla previsione di sottoporre il colloquio con il garante ai controlli previsti dall'art. 41-*bis* ord. penit. per i familiari, e in particolare alla videosorveglianza» giacché «risulta singolare l'equiparazione del garante ai familiari seppur in relazione alle modalità di controllo: non sfugge, infatti, che si tratta di colloqui aventi finalità ben diverse, più simili quelli del garante a quelli svolti con il magistrato di sorveglianza o con il difensore o con gli ispettori del CPT, essendo diretti a verificare la situazione detentiva e l'eventuale violazione di diritti, nonché a ricevere eventuali doglianze orali o scritte». In questo senso «sottoporre a videosorveglianza il colloquio equivale [...] a una dichiarazione di diffidenza e di sfiducia nei confronti del garante, particolarmente grave perché sta a significare che l'istituzione carceraria continua ad essere governata dalla logica del sospetto». V. anche C. SCACCINOCE, *Diritto al colloquio tra Garante e detenuto: quando il potere giurisdizionale è*

L'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit. dispone che i confronti *vis-à-vis* si svolgano «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti». Tale statuizione è stata “tradotta”, sul piano operativo, mediante l'utilizzo di apposite sale munite di vetro divisorio a tutta altezza che tiene separati ospiti e detenuto, impedendo qualsiasi forma di contatto fisico<sup>78</sup>. Il chiaro ascolto reciproco degli interlocutori è garantito dall'impiego di opportuni ed idonei strumenti quali pannelli isofonici, microfoni, citofoni o altri sistemi funzionali allo scopo<sup>79</sup>. In caso di ospedalizzazione *ex artt.* 11 ord. penit. e 17 reg. esec., qualora non siano disponibili locali forniti di separatori, sono individuate, con ordine di servizio, le modalità atte a garantire la sicurezza ed evitare il passaggio di oggetti<sup>80</sup>.

Nonostante la tassatività della statuizione in esame, l'amministrazione penitenziaria ha previsto, con circolare, che i colloqui con i figli (o con nipoti in linea retta<sup>81</sup>) di età inferiore ai dodici anni vengono effettuati senza mezzi divisorii, in locali sottoposti a videoregistrazione (con esclusione del sonoro)<sup>82</sup>. Il confronto può essere svolto secondo queste modalità per l'intera durata dell'incontro se ad

---

*presidio di effettività dei diritti dei detenuti e delle funzioni del Garante*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 1, p. 1 e ss.

(78) Siffatte restrizioni, comportando la separazione fisica tra detenuto e interlocutori ed impedendo ogni forma di contatto, rendono difficilmente spiegabile la prassi di alcuni istituti di sottoporre il detenuto a perquisizione manuale e con *metal-detector* prima e dopo la fruizione del colloquio.

(79) Sul punto si vedano le criticità riportate dal CPT/Inf (2010) 12, p. 36. «*At Novara, the delegation also took note of the very poor acoustics in the closed visiting facilities, and the fact that prisoners and their families were obliged to shout through the interphone to make themselves understood. The CPT recommends that the sound quality in the closed visiting facilities be checked – when all the cubicles are being used simultaneously – and, if necessary, improvements be made*».

(80) Per queste ed altre indicazioni v. circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042.

(81) Invero, con nota 0101-91-2012, il D.A.P. ha previsto che i colloqui dei detenuti *ex art.* 41-*bis* ord. pen. possano svolgersi senza vetro divisorio anche con i nipoti (figli di figli) minori di dodici anni, purché gli interessati ne facciano motivata richiesta, corredandola da documentazione attestante l'eccezionalità della situazione. È, pertanto, «legittimo il diniego, opposto alla richiesta di un detenuto sottoposto al regime [speciale], di svolgere i colloqui visivi con il nipote “*ex fratre*” con le stesse modalità favorevoli previste, dalle circolari ministeriali, per gli incontri con il nipote “*ex filio*”» giacché la decisione assunta dall'amministrazione in via generale di acconsentire ai colloqui a “modalità mista” con i soli nipoti in linea retta introduce, nell'ambito del novero dei “familiari”, «una lettura estensiva che – essa stessa – appare già evolutiva rispetto allo stretto dettato normativo, del che essa concreta non già un'incisione, bensì un accrescimento della facoltà dei soggetti detenuti di coltivare le proprie esigenze affettive». Così Mag. Sorv. Udine, 10 dicembre 2015, L.P.S., in *Rass. penit. crim.*, 2015, f. 2, p. 159.

(82) V. circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042 nonché, in precedenza, circolare 20 febbraio 1998 n. 148885/4.

esso prende parte solo il minore; in caso contrario, se vi partecipano anche familiari adulti, la permanenza di costui a diretto contatto con il genitore *in vinculis* non può eccedere i dieci minuti<sup>83</sup>.

Alle evidenti esigenze umanitarie che ispirano questa prassi<sup>84</sup> hanno sempre fatto da contraltare rigide cautele. Si pensi al fatto che non di rado i regolamenti interni dei vari istituti prevedono che il detenuto venga sottoposto a perquisizione mediante denudamento, sia all'entrata che all'uscita dalla sala; alla circostanza che il passaggio del minore di pochi mesi al di là del vetro non possa avvenire in forma diretta ma solo per il tramite di un passeggiato<sup>85</sup>; ovvero alla nota emessa dal D.A.P. il 18 aprile 2013 mediante la quale si precisa che, in caso di colloquio con più persone *ex art.* 37 comma 10 reg. esec., questo può essere effettuato senza mezzi divisorii soltanto con il figlio o nipote infra-dodicenne, salvo il contestuale allontanamento degli altri familiari<sup>86</sup>. Tale ultima prescrizione ammini-

---

(83) Circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042 nonché, in dottrina, F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rass. penit. crim.*, 2015, f. 2, p. 173. V., inoltre, Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Rapporto, cit., p. 66 ove si raccomanda di verificare la possibilità di dedicare alle visite con i minori di dodici anni un intervallo di tempo al di fuori dei 60 minuti totali riservati al colloquio con i familiari.

(84) Cfr. F. PICOZZI, *I colloqui*, cit., p. 172; F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 7; F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale*, cit., p. 198. Le stesse esigenze umanitarie hanno indotto l'amministrazione, in casi del tutto peculiari ed in presenza di particolari interessi meritevoli di tutela, a consentire ai detenuti sottoposti al regime speciale l'effettuazione di un colloquio senza mezzi divisorii anche con soggetti di età superiore ai dodici anni. Cfr. Mag. Sorv. L'Aquila, 7 giugno 2013, G.T., in *Rass. penit. crim.*, 2013, f. 2, p. 187 e s. ove viene affrontato il caso di un detenuto a cui è stato concesso dal D.A.P., in via del tutto eccezionale, la possibilità di svolgere un colloquio "aperto" con la figlia (maggiorenne) da tempo sofferente di un grave stato depressivo. Possibilità, questa, che è stata accordata anche ai detenuti in imminente pericolo di vita ovvero in occasione del matrimonio o della nascita di figli. F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale*, cit., p. 198.

(85) Cfr., in chiave critica, Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, intervento del prof. M. Palma, *Resoconto sommario* n. 50 del 25/06/2014, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(86) Sul punto v. F. PICOZZI, *I colloqui*, cit., p. 173; G. MASTROPASQUA, *op. cit.*, p. 241 e s. Secondo quanto riportato da quest'ultimo Autore, «il comandante dell'Area-sicurezza [della casa circondariale di Terni] con apposita disposizione di servizio del 11 giugno 2013 n. 515, al fine di determinare in dettaglio le modalità di svolgimento dei colloqui visivi con figli/nipoti di età inferiore a 12 anni, stabiliva che dieci minuti prima del termine del colloquio dovesse essere aperto il vetro divisorio per consentire il passaggio del minore dalla parte del genitore detenuto e che contestualmente gli altri familiari dovessero uscire dalla sala-colloqui ed attendere nella sala adiacente all'uopo predisposta; disponeva, altresì, che il personale femminile della polizia penitenziaria dovesse provvedere a porgere il figlio/nipote minore di anni 12 al congiunto detenuto con la dovuta attenzione, cautela e cortesia, al fine di evitare al minore situazioni di disagio; prescriveva, infine, che, al termine del colloquio, il minore, durante il breve tragitto percorso all'uscita dalla sala-collo-

strativa ha costituito oggetto di difforme elaborazione pretoria. In particolare, la giurisprudenza di legittimità, interrogata sul punto, ha affermato che le disposizioni in tema di colloqui con minorenni «non ostacolano l'effettuazione dell'incontro, le comunicazioni verbali e le manifestazioni affettive, consentite anche mediante contatto fisico diretto e salvaguardano la stabilità del legame e la relazione parentale, la cui realizzazione non impone come necessaria ed imprescindibile la contestuale presenza, durante l'incontro, anche di un genitore adulto del minore»<sup>87</sup>. Pertanto, «la previsione regolamentare non incide sul “contenuto essenziale” del diritto alla affettività e al mantenimento delle relazioni familiari (il colloquio diretto resta possibile) ma, a tutela delle finalità previste dall'art. 41 *bis* comma 2, inibisce una modalità “di contesto”»<sup>88</sup> sicché, conclude la Corte, «eccettuato il caso in cui si dimostri – in fatto – che l'allontanamento dei familiari dalla saletta rende impossibile (per l'opposizione del minore derivante dalla sua insicurezza) la stessa “fattibilità” del colloquio diretto, la previsione regolamentare non può dirsi illegittima»<sup>89</sup>. Al contrario, i giudici di merito più avveduti hanno sistematicamente censurato la disposizione amministrativa *de qua* ritenendola «non congrua e proporzionata al fine di tutela della sicurezza» posto che, alla luce della cautele apprestate in materia di confronti visivi, non sembra residuino ragioni giustificative sufficienti a legittimare una così grave compressione del diritto alla vita familiare,

---

qui, dovesse mantenere il contatto visivo con i familiari ed essere sempre accompagnato da personale di polizia penitenziaria».

(87) D'altronde – specifica la Corte – il detenuto, in queste ipotesi, «è titolare di un mero interesse legittimo all'estensione delle medesime condizioni anche ad un adulto che accompagni il minore, ma non di un diritto; sicché la sua posizione giuridica soggettiva cede di fronte al preminente interesse dello Stato alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica, per la cui salvaguardia la limitazione imposta dall'Amministrazione penitenziaria non è eccentrica al fine perseguito, non costituisce un sacrificio ingiustificato, non impone trattamenti disumani o degradanti, ma è proporzionata ed adeguata alla pericolosità della persona sottopostavi, dell'organizzazione di appartenenza e del relativo contesto ambientale e rispetta la prescrizione della fonte di rango sovraordinato, ossia dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. a)» il quale consente, come s'è detto, l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna. Testualmente Cass., Sez. I, 11 giugno 2014, n. 39966, Min. giust. in proc. P.R., in *CED Cass.*, n. 260357. Sulla questione in esame v., altresì, Cass., Sez. I, 4 giugno 2014, n. 32842, L., in *CED Cass.*, n. 260808; Cass., Sez. I, 4 giugno 2014, n. 35488, M., in *CED Cass.*, n. 260128; Cass., Sez. I, 26 novembre 2013, n. 49725, Min. giust. in proc. Dell'Aquila, in *CED Cass.*, n. 258764.

(88) Così, in motivazione, Cass., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 11184, L.B.F., in *Dir. e giust.*, 18 marzo 2015.

(89) Cass., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 11184, L.B.F., *cit.*

specie se si considera che gesti e parole del breve colloquio sono sottoposte a costante ed attento esame da parte del personale preposto<sup>90</sup>. Tali plurimi interventi della magistratura di sorveglianza sul punto hanno indotto l'amministrazione ad emanare la circolare 28 aprile 2014 n. 0151557 con cui, in maniera assai condivisibile, si è posto fine alla *vexata quaestio*, consentendo che la porzione di colloquio “aperto” con il minore possa svolgersi alla contemporanea presenza, al di là del vetro divisorio, degli altri familiari<sup>91</sup>.

È importante, tuttavia, osservare come la prassi di ammettere il contatto diretto tra il detenuto sottoposto al “carcere duro” ed il figlio (o nipote) infa-dodicienne, evidentemente derogatoria del disposto legislativo<sup>92</sup>, non abbia ancora trovato, *de iure condito*, un espresso riconoscimento legale, restando perciò in balia della discrezionalità amministrativa. A tal proposito, in ottica *de lege ferenda*, sarebbe, quindi, preferibile – alla stregua della proposta avanzata dagli Stati generali dell'esecuzione penale – il suo inserimento in un circuito tendenzialmente più sta-

---

(90) V., per tutti, Mag. Sorv. Spoleto, 10 luglio 2013, n. 3117, in *www.personaedanno.it*: «deve ritenersi illegittima la disposizione amministrativa che prevede l'allontanamento dei familiari per tutta la durata del colloquio fruito senza vetro divisorio dal detenuto in regime differenziato con il proprio figlio minore di anni dodici». «La presenza dei familiari [...] rasserena il clima del colloquio, che viene vissuto dal padre e dal minore non come sottrazione di tempo dedicato ad altri ma come reintegrazione, pur provvisoria, in quel ruolo genitoriale, già simbolicamente fallito con la commissione del reato, che tanto contribuisce invece al processo di rieducazione del reo, cui indefettibilmente deve tendere la pena *ex art. 27 Cost.* anche per i detenuti in regime differenziato». Scrive C. FIORIO, *41-bis: ricominciamo a parlarne*, in *Arch. pen. - Rivista Stampa*, 2015, f. 2, p. 381 e s. che il provvedimento amministrativo in questione, da un lato, riduce la durata del colloquio con i familiari adulti e, dall'altro, costringe il detenuto ad una scelta inumana tra il confronto fisico con i congiunti in tenera età ed il contatto visivo con gli altri familiari.

(91) Cfr. F. PICOZZI, *I colloqui*, cit., p. 177. Inoltre *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Relazione sullo stato di attuazione della legge recante modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, (Triennio 2012-2014), Doc. CXVII n. 1, p. 7, reperibile al sito *www.senato.it*.

(92) Questa circostanza suscita alcune perplessità “di metodo”. Infatti, la determinazione ministeriale con la quale si consente al detenuto di effettuare i colloqui visivi con i figli o i nipoti di età inferiore ai dodici anni senza vetro divisorio sembra trovare la propria giustificazione nella considerazione che, applicando in modo rigido il disposto normativo, si determinerebbe una lesione dei diritti fondamentali del detenuto e del fanciullo. Tuttavia, «non ci troviamo [...] dinanzi ad un singolo “caso problematico”, che fuoriesce dalla normalità dei casi sulla quale è stata calibrata la disciplina legislativa. Non siamo, cioè, dianzi ad un caso concreto le cui peculiari circostanze il legislatore non è stato in grado di predeterminare» sicché, per questa ragione, «soltanto la Consulta potrebbe dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione di legge di cui trattasi [...] nella parte in cui impone all'Amministrazione di adottare misure che impediscano il passaggio di oggetti (e, quindi, il contatto diretto) tra detenuto e famigliari, quando a fruire del colloquio visivo con il ristretto siano i figli o i nipoti minorenni». In questi termini G. M. NAPOLI, *Dal principio alle regole*, cit., p. 19 e s.

bile come quello legislativo<sup>93</sup>. Il che, peraltro, offrirebbe al soggetto *in vinculis* maggiori *chances* di tutela avverso l'eventuale provvedimento ostativo dell'amministrazione che impedisse a costui di effettuare il colloquio secondo queste modalità poiché, ai sensi dell'art. 69 comma 6 lett. b) ord. penit., il reclamo giurisdizionale disciplinato dall'art. 35-*bis* ord. penit. può essere attivato in caso di inosservanza di disposizioni previste dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento d'esecuzione, restando evidentemente escluse quelle dettate da circolari ministeriali.

I colloqui, sebbene si svolgano – salvo l'eccezionale ipotesi innanzi trattata – in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, «sono comunque video-registrati» e, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi dell'art. 11 comma 2 ord. penit., «vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione»<sup>94</sup>. La Cassazione, in perfetta sintonia con il dettato normativo, ha sottolineato la non equipollenza di tali misure in quanto, pur essendo tutte «finalizzate a garantire le medesime esigenze di sicurezza pubblica e di prevenzione della commissione di ulteriori reati», operano su piani differenti: invero, mentre la presenza del vetro divisorio «riguarda la prossimità fisica tra partecipanti ai colloqui al fine di scongiurare la possibilità di un trasferimento occulto di oggetti di qualunque natura», gli strumenti di video e audio registrazione incidono «sulla comunicazione verbale o gestuale e sulle condotte in grado di consentire la diffusione di notizie, messaggi, ordini, veicolabili dal detenuto tramite l'incontro con i familiari verso soggetti presenti ed attivi sotto il profilo criminale all'esterno dell'istituto»<sup>95</sup>.

Per quanto concerne la video-registrazione, sono state espresse fra gli in-

---

(93) V. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, cit., p. 18 ove si propone di interpolare il comma 2-*quater* lett. b) con il seguente periodo: «I colloqui con i figli e nipoti in linea retta del detenuto o dell'internato sino al compimento del dodicesimo anno di età si effettuano, se richiesto, senza separazioni ed anche alla presenza degli altri familiari ai quali continuano ad applicarsi le modalità previste dal primo periodo della presente lettera».

(94) Tali previsioni, dettate dall'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) ord. penit., derogano alla disciplina generale previste dall'art. 18 comma 2 ord. penit. secondo cui «i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia».

(95) Testualmente, in motivazione, Cass., Sez. I, 11 giugno 2014, n. 39966, Min. giust. in proc. Pariente, in *CED Cass.*, n. 260357.

terpreti alcune perplessità in merito alla mancanza di una precisa individuazione dei «presupposti, tempi e modi di tale attività fortemente lesiva del diritto alla riservatezza»<sup>96</sup>. Nondimeno, questo strumento – sebbene vada a sommarsi ad altre misure precauzionali quali appunto l'adozione di mezzi divisorii ovvero il controllo visivo ad opera del personale del Corpo di polizia penitenziaria – sembra conservare uno “spazio utile” di operatività non irrilevante, costituendo l'ortodosso rimedio all'impiego (non raro) di un linguaggio gestuale difficilmente decifrabile “in diretta” ma solo attraverso un vaglio *ex post*. In questo senso, l'utilizzo della video-registrazione garantirebbe il pieno raggiungimento degli obiettivi di prevenzione cui ottempera il “carcere duro”, restandone legata in quanto a condizioni e finalità.

Parimenti, per ciò che attiene al controllo auditivo, la dottrina sottolinea come non siano indicati «i presupposti che legittimano l'ascolto e la registrazione, né la durata o la finalità dell'intercettazione»<sup>97</sup> in una materia che è presidiata, a livello costituzionale, dalla riserva di legge, oltre che di giurisdizione. Viene, altresì, paventata una violazione dell'art. 25 Cost. e, segnatamente, del principio secondo il quale «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge» poiché la disposizione in esame attribuisce la competenza ad autorizzare la misura, dopo la sentenza di primo grado, al magistrato di sorveglianza e non al giudice che procede<sup>98</sup>. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, le perplessità nutrite da queste autorevoli voci dottrinali potrebbero essere fugate se si considera che il controllo auditivo e la registrazione dei colloqui non costituiscono una forma di intercettazione tecnicamente intesa, differendo in punto di natura e funzione dal mezzo di ricerca della prova disciplinato dal codice di rito<sup>99</sup>. Infatti, incardinate in una disposizione normativa che ha nella prevenzione il suo unico scopo, le misure *de quibus* non possono che mutuare da essa i presupposti e le finalità. Peraltro,

(96) P. CORVI, *op. cit.*, p. 156.

(97) Cfr. P. CORVI, *op. cit.*, p. 155; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 213 e s. V. anche L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 460.

(98) Per questa considerazione cfr. L. FILIPPI, G. SPANGHER, *op. cit.*, p. 214.

(99) La misura in esame a differenza delle intercettazioni di comunicazioni non viene eseguita all'insaputa degli interlocutori poiché gli stessi sono al corrente (o dovrebbero essere al corrente) del fatto che i colloqui dei detenuti sottoposti al regime speciale sono soggetti a controllo auditivo ed a registrazione.

stando così i termini del discorso, si è portati a ritenere che i contenuti delle registrazioni effettuate ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit. possano essere acquisiti agli atti del procedimento penale come documento fonografico ex art. 234 cod. proc. pen., ferma restando la loro utilizzabilità come intercettazioni soltanto qualora vengano disposte dalla competente autorità giudiziaria in materia nei casi e con le garanzie previste dal codice di procedura penale<sup>100</sup>.

In merito al controllo auditivo ed alla registrazione, si è inoltre osservato come, a seguito della riforma del 2009, non vi sia più spazio per la discrezionalità amministrativa in ordine al loro impiego dal momento che il legislatore ha sostituito il previgente inciso «i colloqui possono essere sottoposti a...» con la nuova dicitura «i colloqui vengono sottoposti a...»<sup>101</sup>. Vero è che tali misure sono applicate soltanto «previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente». Tuttavia, sul punto, sorgono dubbi di legittimità costituzionale, con riferimento all'art. 15 comma 2 Cost., in ragione del fatto che il potere esercitato dal giudice – a cui, tra l'altro, non corrisponde un'espressa possibilità di reclamo per il soggetto *in vinculis* – sembra qui degradato ad un mero accertamento “notarile” circa l'avvenuta emissione del decreto di sospensione delle ordinarie regole trattamentali, mal conciliandosi, pertanto, con il crisma dell'«atto motivato» sancito dalla Carta fondamentale<sup>102</sup>. Né può bastare a scongiurare questi dubbi l'eventualità di una motivazione *per relationem* ricavata dall'apparato giustificativo del provvedimento ablatorio del Guardasigilli posto che all'organo giurisdizionale cui è demandato il potere di autorizzare il controllo auditivo non compete alcuna valutazione in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti per l'applicazione del “carcere duro”, restando quindi vincolato alle risultanze probatorie o indiziarie offerte dal Ministro.

A conclusione di questo discorso attinente i colloqui, non si può fare a meno di osservare come la rigida “posologia” a cui l'istituto viene sottoposto su-

---

(100) In tal senso G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 233.

(101) Cfr. sul punto M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 914; EAD., *L'inasprimento*, cit., p. 1084.

(102) Per analoghe osservazioni v. G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 235.

sciti non poche perplessità<sup>103</sup>. Già prima della riforma del 2002, autorevole dottrina dubitava circa l'effettiva funzionalità della misura rispetto all'obiettivo della lotta al crimine organizzato, ipotizzando, al contrario, che la drastica limitazione sino ad un unico incontro mensile fosse da ascrivere, «almeno prevalentemente, all'esigenza di una maggiore afflittività della pena»<sup>104</sup>. Dubbi, questi, che, ora come allora, fanno fatica a dissiparsi specie se si considera che i confronti visivi – lo abbiamo visto – sono circondati da una serie di presidi di sicurezza che rendono assai ardua la trasmissione al di fuori del carcere di messaggi illeciti senza che l'amministrazione possa prenderne contezza ed intervenire<sup>105</sup>. Qui non si intende certo screditare la bontà della scelta di sottoporre l'istituto a rigorose garanzie volte ad impedire indebite comunicazioni, dovendosi, al contrario, prendere atto che «i collegamenti con gli ambienti criminali esterni vengono incrementati e facilitati proprio attraverso i colloqui»<sup>106</sup>. Tuttavia, in considerazione delle pesanti ricadute che il contingentamento degli incontri con i familiari produce sul diritto al mantenimento delle relazioni parentali, sarebbe forse più opportuno che la frequenza degli stessi – anziché essere predeterminata *sic et simpliciter* nel minimo tollerabile – venisse calibrata in rapporto alla pericolosità del singolo detenuto, senza trascu-

---

(103) Si pensi a quanto sancito dal *Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee*, regola n. 24 ove si legge che «i detenuti devono essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile – per lettera, telefono, o altri mezzi di comunicazione – con la famiglia, con terze persone e con i rappresentanti di organismi esterni, e a ricevere visite da dette persone. Ogni restrizione o sorveglianza delle comunicazioni e delle visite, necessaria ai fini dell'inchiesta penale, al mantenimento dell'ordine, della sicurezza e alla prevenzione di reati e alla protezione delle vittime dei reati – comprese le disposizioni di un'autorità giudiziaria – devono comunque garantire un contatto minimo accettabile». Ed ancora: «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali».

(104) Così F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, p. 127. *Contra* A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.*, cit., p. 136.

(105) Cfr. M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Pen. Agg.*, V, Torino, 2010, p. 774; P. CORVI, *op. cit.*, p. 157 e s. ove l'Autrice osserva come, a fronte delle cautele apprestate dal legislatore, nasca il sospetto che le limitazioni quantitative ai colloqui «non siano strumentali rispetto all'obiettivo di evitare contatti con l'esterno, ma siano espressione di un particolare rigore riservato a quei detenuti, particolarmente pericolosi, che anche dal carcere sono in grado di nuocere alla collettività» e prosegue affermando che «le modalità con le quali si svolgono i colloqui consentono di evitare qualsiasi contatto o scambio con i familiari, sia di documentare non solo i contenuti della conversazione, ma anche tutto ciò che pur non rientrando nella comunicazione verbale può essere altrettanto significativo e pregnante».

(106) Così Cass., Sez. I, 12 novembre 2004, n. 49274, P.D., in *Riv. pen.*, 2006, f. 1, p. 123.

rare eventuali progressi maturati sul piano del reinserimento sociale<sup>107</sup>.

Ciononostante, si segnala che le stringenti limitazioni al numero dei colloqui e le modalità con cui questi vengono effettuati sono state ritenute compatibili con l'art. 8 CEDU. Infatti, il «diritto al rispetto della vita privata e familiare» ivi consacrato rientra, come noto, fra quei diritti sottoposti alla cd. clausola di limitazione la quale stabilisce che l'ingerenza statale nell'esercizio dei medesimi è legittima là dove soddisfi le tre condizioni di legalità, finalità legittima e necessità in una società democratica<sup>108</sup>. Orbene, la Corte di Strasburgo, tenuto conto che «*le régime prévu à l'article 41 bis tend à couper les liens existant entre les personnes concernées et leur milieu criminel d'origine, afin de minimiser le risque qu'elles ne maintiennent des contacts personnels avec les structures des organisations criminelles*»<sup>109</sup>, ha ripetutamente respinto le doglianze dei ricorrenti, affermando che le restrizioni in argomento «*ne sont pas allées au-delà de ce qui, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention, est nécessaire, dans une société démocratique, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales*»<sup>110</sup>.

---

(107) Durante l'originaria versione dell'art. 41-bis comma 2 ord. penit. non di rado venivano concessi due colloqui al mese a quei detenuti sottoposti al cd. 41-bis attenuato vale a dire al regime previsto per coloro che, non collocati in posizione verticistica nell'ambito del sodalizio di provenienza, avessero perso parte del potere di incidere nelle dinamiche dell'organizzazione a causa della prolungata sottoposizione al “carcere duro”. Sul punto v. F. S. DE MARTINO, *Dal Senato è arrivato il primo sì alla istituzionalizzazione del 41bis*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 40, p. 22 e s.

(108) Secondo la Corte di Strasburgo la nozione di “necessarietà” «*implique que l'ingérence correspond à un besoin social impérieux et, en particulier, qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi*». Così Corte eur. dir. uomo, 29 aprile 2002, n. 2346/02, Pretty c. Regno Unito. In proposito la dottrina ha affermato come «[rimanga] tuttavia in capo allo Stato un margine di discrezionalità che appare tanto più ampio quanto più le sue competenti autorità siano in grado di giustificare eventuali incursioni operate all'interno della sfera personale dell'individuo e della sua famiglia attraverso il richiamo a ragioni di ordine pubblico, in cui si sostanzino interessi generali meritevoli di tutela». Testualmente F. PESCE, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, f. 1, p. 11. Tale è, verosimilmente, la situazione italiana rispetto al problema del fenomeno mafioso in tutte le sue sfaccettature.

(109) Testualmente Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, n. 25498/94, Messina c. Italia.

(110) Corte eur. dir. uomo, 24 settembre 2015, n. 37648/02, Paoletto c. Italia. Nella medesima direzione cfr. Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, n. 25498/94, Messina c. Italia, *cit.*, Corte eur. dir. uomo, 13 novembre 2007, n. 65039/01, Schiavone c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 29 giugno 2006, n. 8316/02, Viola c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, n. 74912/01, Enea c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 19 gennaio 2010, n. 24950/06, Montani c. Italia. In dottrina v. G. PUMA, *Il regime carcerario c.d. art. 41-bis nuovamente al vaglio della Corte di Strasburgo: il caso Paoletto*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, f. 1, p. 243 e s.; C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, f. 3, p. 217 e ss.; E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p.

A norma dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit., per coloro che non effettuano colloqui *vis-à-vis*, può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 11 ord. penit., un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti, purché siano decorsi i primi sei mesi di applicazione del regime speciale<sup>111</sup>. Anche questa disposizione costituisce un'evidente deroga alla disciplina ordinaria nonché a quella prevista *ad hoc* per i detenuti cui è preclusa la fruizione dei benefici penitenziari in forza del primo comma dell'articolo 4-*bis* ord. penit.<sup>112</sup>.

Se prima della riforma del 2009 la telefonata mensile andava ad aggiungersi alla possibilità di svolgere colloqui visivi, oggi è stata ridotta ad un mero surrogato di questi ultimi, collocandosi in una posizione di alternatività con gli stessi<sup>113</sup>. Suscita inoltre dubbi di ragionevolezza, secondo il Comitato europeo per la prevenzione della tortura, l'imposizione di un periodo semestrale di attesa per l'accesso alla corrispondenza telefonica<sup>114</sup>. Dal canto suo, la Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani ha raccomandato il superamento di queste ingiustificate limitazioni<sup>115</sup>.

È peraltro doveroso sottolineare come l'istituto in esame sia circondato da

---

753.

(111) Gli Stati generali dell'esecuzione penale hanno proposto di elevare la durata del colloquio telefonico a trenta minuti. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, cit., p. 18.

(112) Ai sensi dell'art. 39 comma 2 reg. esec., infatti, «i condannati e gli internati possono essere autorizzati dal direttore dell'istituto alla corrispondenza telefonica con i congiunti e conviventi, ovvero, allorché ricorrano ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse dai congiunti e conviventi, una volta alla settimana. Essi possono, altresì, essere autorizzati ad effettuare una corrispondenza telefonica, con i familiari o con le persone conviventi, in occasione del loro rientro nell'istituto dal permesso o dalla licenza. Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4-*bis* della legge, e per i quali si applichi il divieto dei benefici ivi previsto, il numero dei colloqui telefonici non può essere superiore a due al mese». Nondimeno, anche in via ordinaria, «la durata massima di ciascuna conversazione telefonica è di dieci minuti» (art. 39 comma 6 reg. esec.).

(113) I primi decreti ministeriali emessi in applicazione dell'originario art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. disponevano, invece, l'assoluta impossibilità per i detenuti sottoposti al regime speciale di effettuare colloqui telefonici.

(114) In tal senso CPT/Inf (2010) 12, p. 36.

(115) *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 67.

rigide cautele. Per un verso, le disposizioni amministrative adottate in materia impongono all'interlocutore del detenuto al 41-*bis* di recarsi presso l'istituto penitenziario più vicino al luogo di sua residenza o domicilio ovvero al luogo indicato, nel modulo di richiesta, dal detenuto medesimo<sup>116</sup>: la persona ammessa al colloquio telefonico riceve la telefonata ad un orario preciso (stabilito dalla direzione del carcere), in un locale preposto allo scopo, soltanto dopo aver mostrato un valido documento di riconoscimento e la documentazione attestante il vincolo di parentela, affinità o coniugio con il soggetto *in vinculis*. Per altro verso, lo stesso art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit. vieta le telefonate con i terzi e sottopone a registrazione quelle con i familiari, alla medesima stregua di quanto previsto dall'art. 39 comma 7 reg. esec. nei confronti dei detenuti per taluno dei reati indicati dall'art. 4-*bis* ord. penit.<sup>117</sup>. Sul punto non può che rinviarsi a quanto precedentemente osservato in tema di colloqui ed in particolar modo a quanto si è detto sull'utilizzabilità della registrazione nell'ambito del procedimento penale e sul potere con cui il giudice può autorizzare la misure.

## **6. Segue. Il contingentamento dei colloqui difensivi e il “colpo di scure” della Corte costituzionale**

La riforma del 2002, nel disciplinare compiutamente la materia dei confronti *vis-à-vis*, ha inserito a conclusione dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit. il seguente inciso: «le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori». Tale precisazione è stata considerata verosimilmente pleonastica da una parte della dottrina<sup>118</sup> giacché la Corte costituzionale, in passato, ha avuto modo di osservare che «l'esercizio del diritto di conferire col di-

---

(116) Per questa prassi v. CPT/Inf (2013) 32, p. 29, nt. 43. Già con riferimento al periodo *ante* riforma 2009 cfr. CPT/Inf (2010) 12, p. 32 ove si legge, tra l'altro: «*access to the telephone may be granted once a month, for a maximum of ten minutes, to prisoners who have already completed an initial period of six months in “41-bis” detention, with strict security conditions being applied to telephone conversations (e.g. the obligation of the other party to phone from a law enforcement establishment or prison, and systematic recording of conversations)*».

(117) A mente dell'art. 39 comma 7 reg. esec., la registrazione della telefonata è disposta dall'autorità giudiziaria competente ad applicare il visto di controllo sulla corrispondenza epistolare.

(118) A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 304 ritiene infatti «superflua» la suddetta precisazione. *Contra* P. CORVI, *op. cit.*, p. 159.

fensore, in quanto strumentale al diritto di difesa, non può [...] essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione»<sup>119</sup>.

La novella del 2009, dal canto suo, ha “arricchito” la previsione di cui sopra limitando ad «un massimo di tre volte alla settimana» la possibilità per il detenuto sottoposto al “carcere duro” di effettuare con il proprio legale «una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari», *id est*, rispettivamente, dieci minuti o un'ora<sup>120</sup>.

La norma di nuovo conio – da subito bollata, a torto o a ragione, come un «tentativo di criminalizzare il difensore, individuato quale possibile contatto con l'esterno»<sup>121</sup> – prende atto della necessità di intervenire affinché il rapporto con il patrocinante non possa più costituire per il soggetto *in vinculis* un potenziale “condotto sotterraneo” da adoperare per impartire ordini o ricevere informazioni dal carcere<sup>122</sup>.

---

(119) Corte cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, in *www.giurcost.org*. Nondimeno, nella prassi non sono mancati casi, per la verità eccezionali, in cui il confronto con l'avvocato ha avuto luogo in locali muniti di vetro divisorio: la Corte europea dei diritti dell'uomo, in queste situazioni, non ha tuttavia rilevato alcuna violazione dell'art. 6 paragrafo 3 lett. c) CEDU. V. in tal senso Corte eur. dir. uomo, 28 ottobre 2004, n. 72323/01, Cento c. Italia.

(120) Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, con l'adozione delle circolari 3 dicembre 2009 n. 434778-2009 e 1 aprile 2010 n. 233598-2010, ha concesso il cumulo dei contatti settimanali con i difensori attribuendo al detenuto la possibilità di richiedere un unico colloquio visivo o telefonico, rispettivamente, di tre ore o di trenta minuti in luogo dei tre colloqui visivi o telefonici di un'ora o di dieci minuti ciascuno. Inoltre, lo stesso Dipartimento ha stabilito che le limitazioni previste dalla norma in esame operano a prescindere dal numero dei procedimenti a carico del detenuto e dal numero degli avvocati che lo stesso detenuto ha nominato. In questo senso v. circolare 3 settembre 2009 n. 297600-2009.

(121) Così *Unione delle Camere penali, Osservazioni sul d.d.l. n. 733*. A ciò si aggiunga l'introduzione, ad opera della stessa legge 94/09, del reato di «Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario» di cui all'art. 391-*bis* cod. pen. che punisce (comma 2) con la pena della reclusione da due a cinque anni il soggetto esercente la professione forense che consente a un detenuto, sottoposto alle restrizioni di cui all'articolo 41-*bis* ord. penit., di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte.

(122) A proposito si veda *Senato della Repubblica. XVI Legislatura. 141ª seduta pubblica, Assemblea, mercoledì 4 febbraio 2009*, intervento Sen. C. Vizzini, p. 26 e s., reperibile al sito *www-senato.it*: «Vi sono soggetti che, reclusi secondo il regime del 41-*bis*, trasformano la loro sottoposizione al carcere duro in dimostrazione di potenza, continuando a colloquiare con l'esterno e soprattutto ad impartire ordini sul territorio ai loro accoliti di cosa nostra, della camorra, della 'ndrangheta. Il problema di fondo, quindi, è impedire una beffa enorme allo Stato che da un lato cattura i mafiosi e dall'altro si trova spesso di fronte alla circostanza che costoro continuano a mantenere il controllo del territorio. È uno sforzo necessario non soltanto per chi si trova in carcere adesso, ma per tutti i latitanti o i mafiosi in senso lato ancora in attività che, prima o poi, saranno ospitati nelle patrie galere e sottoposti al carcere duro che, ripeto, sarà comminato a tutti i mafiosi che saranno arrestati e per i quali ne ricorreranno le condizioni. Lo sforzo che abbiamo compiuto non serve

Tuttavia, sebbene un'autorevole minoranza di interpreti abbia ritenuto compatibili con l'art. 24 Cost. le restrizioni ai colloqui difensivi in quanto «legittimat[e] dall'esigenza di tutelare interessi ritenuti preminenti»<sup>123</sup>, la parte maggioritaria della dottrina ha paventato seri dubbi di ortodossia costituzionale in ordine al *vulnus* che il rigido contingentamento dei contatti tra avvocato e detenuto reca ai diritti di difesa, specie in rapporto alla posizione degli imputati, avendo questi ultimi meno tempo per predisporre con il legale la strategia processuale<sup>124</sup>. Sollevata la relativa questione di costituzionalità con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost.<sup>125</sup>, la Consulta ha pronunciato declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione del diritto inviolabile di difesa, restando assorbite le altre censure prospettate dal giudice *a quo*<sup>126</sup>.

---

solo a punire il singolo soggetto, ma deve dare la certezza che dalle carceri non si comanda perché nelle carceri comanda lo Stato e chi è stato condannato, se vuole evitare il carcere duro, ha un altro strumento: non fare più il mafioso e collaborare con lo Stato, dare il proprio contributo a far sì che il cancro terribile delle mafie, che ancora affligge il nostro territorio, venga finalmente sgominato. [...] Quando i colloqui con i propri congiunti e con i propri avvocati non servono né per difendersi né per abbracciare o baciare un figlio, ma esclusivamente per portare ordini all'esterno, lo Stato ha il dovere di intervenire perché questa usanza cessi».

(123) Così P. CORVI, *op. cit.*, p. 316 e s. Secondo A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis*, cit., p. 457 la disposizione in esame, «emblematica della volontà del legislatore di cercare un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale [...] e la necessità di assicurare l'esercizio effettivo del diritto di difesa», non sembra costituire «un ragionevole compromesso tra queste due opposte esigenze».

(124) Tra gli altri, cfr. M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 914; EAD., *L'inasprimento*, cit., p. 1084 e s.; C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza"*, cit., p. 414; G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 239 e s.; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 774 e s. secondo cui la compressione del diritto di difesa non è giustificata dalla tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti ed è assolutamente inconferente rispetto alle finalità proprie dell'art. 41-bis comma 2 ord. penit.

(125) La q.l.c. è stata sollevata dal Mag. Sorv. Viterbo, ord. 7 giugno 2012, G.D., in *www.gazzettaufficiale.it* a seguito del reclamo interposto da un detenuto avverso il diniego del direttore della locale casa circondariale a consentire un colloquio con il legale essendo stati già raggiunti i suddetti limiti quantitativi.

(126) Corte cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, in *www.giurcost.org*. Per alcuni commenti cfr. M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *www.giurcost.org*; V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, f. 4, p. 336 e ss.; L. TROMBETTA, *In tema di colloqui tra difensore e detenuto in regime di "41-bis"*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2013, f. 3, p. 1 e ss.; F. FIORENTIN, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *G. cost.*, 2013, p. 2180; G. MARINO, *Colloqui con i difensori: incostituzionali le limitazioni per i detenuti sottoposti al 41-bis*, in *Dir. e giust.*, 21 giugno 2013; C. FIORIO, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 42 e ss.; M. G. COPPETTA, *I colloqui con il difensore dei condannati al "carcere duro": incostituzionali le restrizioni "quantitative"*, in *G. it.*, 2013, p. 2349 e ss.; B. GIORIS, *Illegittime le limitazioni dei colloqui difensivi per i detenuti in regime di "carcere duro"*, in *L. p.*, 2013, p. 924 e ss.

Il ragionamento effettuato dal Giudice delle leggi, peraltro molto persuasivo e condivisibile, muove da alcune premesse di fondo che, seppur succintamente, è doveroso richiamare. Anzitutto, la Corte non dubita del fatto che il detenuto abbia il diritto di svolgere colloqui con il proprio legale. Invero, come da tempo affermato dalla giurisprudenza costituzionale, il precetto di cui all'art. 24 comma 2 Cost. non si esaurisce nella facoltà di autodifesa ma, al contrario, si estende anche al diritto di difesa tecnica, sua componente indefettibile nonché elemento essenziale per la piena realizzazione del principio del contraddittorio<sup>127</sup>. A sua volta, il diritto di difesa tecnica implica, quale ulteriore cerchio concentrico, il diritto – ad esso prodromico – di effettuare colloqui difensivi<sup>128</sup> e ciò vale tanto per l'imputato-detenuto quanto per il condannato in esecuzione di pena detentiva<sup>129</sup> posto che il confronto con l'avvocato è funzionale non solo alla predisposizione della strategia processuale ma ancor prima a «conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti»<sup>130</sup>.

Allo stesso modo, però, la Consulta non dubita del fatto che il diritto di difesa possa subire compressioni. Esso – stando sempre all'elaborazione giurispru-

---

(127) Corte cost., sent. 3 maggio 1963, n. 59, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 10 ottobre 1979, n. 125, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 29 marzo 1984, n. 80, in *www.giurcost.org*.

(128) Corte cost., sent. 25 giugno 1996, n. 216, in *www.giurcost.org*. Il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore è stato sancito anche dalla Corte europea di Strasburgo in diverse decisioni sulla base di quanto disposto dall'art. 6 par. 3 CEDU. In questo senso cfr. Corte eur. dir. uomo, 13 gennaio 2009, n. 52479/99, Rybacki c. Polonia; Corte eur. dir. uomo, 9 ottobre 2008, n. 62936/00, Moiseyev c. Russia; Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2007, n. 35795/02, Ascitutto c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2007, n. 58295/00, Zagaria c. Italia. Si noti, inoltre, quanto disposto da *Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee*, regola n. 23: «i colloqui e altre forme di comunicazione – compresa la corrispondenza – su punti di diritto tra un detenuto e il suo avvocato devono essere riservati».

(129) Cfr. sul punto anche *Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee* ed, in particolare, le regole n. 23 e 98. La prima prevede, tra l'altro, che «ogni detenuto ha diritto di richiedere la consulenza legale e le autorità penitenziarie devono aiutarlo, in modo adeguato, ad accedervi. Ogni detenuto ha il diritto di consultare, a sue spese, un avvocato di sua scelta su qualsiasi punto di diritto». La seconda statuisce quanto segue: «Gli imputati devono essere esplicitamente informati del loro diritto di richiedere un'assistenza legale. Gli imputati accusati di un reato devono disporre di tutte le agevolazioni per preparare la propria difesa ed incontrare il proprio avvocato». Cfr. M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni*, cit., p. 5 e s.

(130) Corte cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, cit. Sul punto v. in dottrina F. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, in *Dir. proc. pen.*, 1998, p. 210 e ss.

denziale del Giudice delle leggi – è, infatti, suscettibile di bilanciamento con altre esigenze di pari rango costituzionale<sup>131</sup> ed il suo esercizio può essere variamente modulato o limitato dal legislatore a condizione che non ne risulti pregiudicata l'effettività, costituente il limite invalicabile ad operazioni del genere considerato<sup>132</sup>, e ferma restando, altresì, l'esigenza di verificare «la ragionevolezza di eventuali adattamenti o restrizioni conseguenti al bilanciamento operato dal legislatore»<sup>133</sup>.

Stando così i termini del discorso, è proprio su quest'ultimo duplice piano che si è giocata la “partita costituzionale” delle limitazioni quantitative a colloqui con gli avvocati previste dall'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) ord. penit. Sotto il primo profilo, infatti, si rammenti che i soggetti detenuti in regime speciale, avendo di regola alle spalle un'ampia carriera criminale, molto spesso sono contemporaneamente coinvolti in una pluralità di procedimenti particolarmente complessi: di talché «l'eventualità che le tre ore o i trenta minuti settimanali complessivi di colloquio risultino in concreto insufficienti a soddisfare le esigenze difensive non può, dunque, considerarsi remota o puramente congetturale», specie se la compressione del diritto a conferire con l'avvocato consegue «in modo automatico e indefettibile all'applicazione del regime detentivo speciale [...] e lo accompagna per tutta la sua durata [...] a prescindere non solo dalla natura e dalla complessità dei procedimenti giudiziari (o, *amplius*, contenziosi) nei quali il detenuto è (o potrebbe essere) coinvolto e dal grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti, ma anche dal loro numero e, quindi, dal numero dei legali patrocinanti con i quali il detenuto si debba consultare»<sup>134</sup>.

---

(131) Cfr., tra le altre, Corte cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 25 luglio 2008, n. 297, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 27 ottobre 2006, n. 341, in *www.giurcost.org*, nonché, con specifico riferimento alla materia dei colloqui dei detenuti, Corte cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, *cit.*

(132) Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, in *www.giurcost.org*.

(133) Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 407, in *www.giurcost.org*.

(134) Così Corte cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, *cit.* La Corte europea dei diritti dell'uomo, dal canto suo, in passato aveva reputato lesiva del diritto all'equo processo – tenuto conto anche della complessità della singola vicenda giudiziaria nella quale il ricorrente era coinvolto – una limitazione che presentava significative assonanze con quella in esame, ove in particolare erano stati consentiti all'imputato, durante il corso del processo, solo due colloqui a settimana con i propri difensori, della durata di un'ora l'uno. Cfr. Corte eur. dir. uomo, 12 marzo 2003, n. 46221/99, *Öcalan c. Turchia*.

Inoltre, sotto il profilo della ragionevolezza delle restrizioni, la Corte ha condivisibilmente osservato come, nell'eventualità che l'avvocato si presti a fungere da tramite fra il detenuto e gli altri membri dell'organizzazione criminale, la previsione di un "tetto" quantitativo ai colloqui difensivi non sia idoneo «ad impedire, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno, né a circoscrivere in modo realmente significativo la quantità e la natura dei messaggi che si paventano scambiabili, per il tramite dei difensori, nell'ambito dei sodalizi crimosi»<sup>135</sup>. Conclude, quindi, la Consulta che, nel caso in esame, «alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini»<sup>136</sup>.

L'eshaustività e la persuasività delle argomentazioni offerte dalla Corte non consentono, qui, di aggiungere altro a sostegno dell'incostituzionalità dei suddetti limiti quantitativi ai confronti *vis-à-vis* tra detenuto e difensori: si può tuttavia asserire quanto segue. Invero, la Consulta, precisando che la situazione che riguarda i legali è significativamente diversa rispetto a quella riscontrabile in rapporto a persone legate al recluso da vincoli parentali o affettivi ovvero a terzi non qualificati, sembra escludere – in maniera peraltro condivisibile – che possa gravare a carico del patrocinante quella stessa "presunzione di compiacenza" che pende invece in capo ai familiari<sup>137</sup>. Ne discende, quindi, l'impossibilità di porre limitazioni ai colloqui difensivi che operino *sic et simpliciter* come quelle previste in rela-

---

(135) Corte cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, *cit.* V., diffusamente, V. MANES, V. NAPOLEONI, *op. cit.*, p. 348 e s. In effetti, a norma dell'ultimo periodo del comma 2-*quater* lett. b) dell'art. 41-*bis* ord. penit., ai colloqui difensivi non si applicano le limitazioni previste per i colloqui con i familiari sicché non vi è alcun impedimento fisico o alcuna forma di controllo visivo o auditivo.

(136) In questi termini Corte cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, *cit.*

(137) La Corte, infatti, precisa che «i colloqui difensivi [hanno], per definizione, quali interlocutori "esterni" del detenuto, persone appartenenti ad un ordine professionale (quello degli avvocati), tenute al rispetto di un codice deontologico nello specifico campo dei rapporti con la giustizia e sottoposte alla vigilanza disciplinare dell'ordine di appartenenza. L'eventualità che dette persone, legate al detenuto da un rapporto di prestazione d'opera professionale, si prestino a fungere da tramite fra il medesimo e gli altri membri dell'organizzazione criminale, se non può essere certamente esclusa *a priori*, neppure può essere assunta ad una regola di esperienza, tradotta in enunciato normativo: apparendo, sotto questo profilo, la situazione significativamente diversa da quella riscontrabile in rapporto ai colloqui con persone legate al detenuto da vincoli parentali o affettivi, ovvero con terzi non qualificati». Così Corte cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, *cit.*

zione ai colloqui con i parenti o gli affini, mancando vistosamente, nella prima ipotesi, quell'*id quod plerumque accidit* sulla cui base assurgere a massima di esperienza la “disponibilità” degli avvocati del detenuto a prestarsi da tramite fra il detenuto medesimo e la consorterìa criminale all'esterno.

Cionondimeno, il Giudice delle leggi – in modo, anche qui, assai convincente – non ha disconosciuto la possibilità per il legislatore di comprimere il diritto di difesa, sempre che a ciò corrisponda, nella logica del bilanciamento degli interessi, un incremento della contro-esigenza alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica cui ottempera il regime speciale. Di conseguenza, non può ritenersi *a priori* illegittima qualsiasi limitazione ai colloqui difensivi ma occorre, al contrario, accertare se la stessa – a differenza di quanto avveniva in virtù del disposto di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) ord. penit. – sia funzionale ad impedire i collegamenti tra il soggetto *in vinculis* e l'associazione delinquenziale operante sul territorio. In altri termini, il precetto di cui all'art. 24 Cost. riconosce “dignità costituzionale” soltanto a quei confronti *face to face* tra il detenuto e i suoi legali che abbiano come unico scopo la realizzazione e l'esercizio del diritto inviolabile di difesa e che, per converso, non siano strumentalizzati per “evadere” dal “carcere duro”. D'altronde: si potrebbe mai giustificare il transito di messaggi ed informazioni illeciti ad opera dell'avvocato sull'assunto che la Costituzione tutela i colloqui difensivi?

Se le cose stanno effettivamente come qui interpretate, risulta, tuttavia, difficile immaginare quali restrizioni agli incontri tra detenuto e legali possano essere adottate per tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica senza intaccare quanto disposto dall'art. 24 Cost., essendo in questi casi piuttosto complicato trovare un punto di equilibrio tra gli obiettivi del regime speciale e la tutela del diritto di difesa. Lasciando quest'arduo compito al legislatore, si può affermare che soltanto la deontologia professionale dell'avvocato garantisce il massimo soddisfacimento di entrambe le esigenze – quella di impedire i collegamenti tra il detenuto e il consorzio criminale all'esterno e quella di tutelare appieno il diritto di difesa –, fermo restando che i colloqui “patologici” rappresentano senza dubbio una percentuale decisamente piccola rispetto al numero totale degli stessi.

In conclusione è opportuno osservare come taluni detenuti, a seguito della pronuncia caducatoria della Consulta, abbiano avanzato istanza di revisione *ex art.* 630 cod. proc. pen. con riferimento alle sentenze di condanna emesse all'esito di quei procedimenti celebrati in costanza dell'operatività delle limitazioni ai colloqui difensivi, asseverando le ricadute negative che tali prescrizioni *medio tempore* imposte avrebbero comportato in ordine all'effettiva possibilità di predisporre un'adeguata strategia processuale. In particolare, i richiedenti hanno posto a fondamento della propria domanda il *dictum* con cui il Giudice delle leggi, intervenendo additivamente sull'art. 630 cod. proc. pen., ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 paragrafo 1 della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>138</sup> là dove la stessa «abbia accertato l'avvenuta violazione delle garanzie fondamentali riconosciute dalla Convenzione in tema di equo processo e postulato l'esigenza della *restitutio in integrum* in favore dell'interessato mediante la rinnovazione del giudizio»<sup>139</sup>. In questo senso, i detenuti istanti hanno invocato l'esperimento del rimedio straordinario così come “introdotto” dalla Corte costituzionale prospettando la possibilità di estendere anche al nostro ordinamento gli effetti della decisione della Corte di Strasburgo sul caso *Öcalan c. Turchia* ove, a causa delle limitazioni imposte dallo Stato turco ai colloqui difensivi, è stata diagnosticata la violazione del diritto a un equo processo *ex art.* 6 CEDU<sup>140</sup>. La Cassazione, interrogata sul punto, ha tuttavia escluso in queste ipotesi l'attivabilità del procedimento di revisione poiché, da un lato, non è stata accertata, con specifico riferimento alla previsione restrittiva di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett.e) ord. penit., alcuna violazione del diritto pattizio, restando essa soltanto potenziale; dall'altro, la pronuncia della Corte europea allegata dai ricorrenti non accerta una situazione di “oggettivo contrasto” della normativa interna dell'Italia con norme della Convenzione e non dipende in modo esclusivo né pre-

---

(138) Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 311, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(139) Così G. CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *RivistaAIC*, 2011, f. 2, p. 3.

(140) Corte eur. dir. uomo, 12 marzo 2003, n. 46221/99, *Öcalan c. Turchia*.

valente dalle ridotte possibilità di incontro tra il soggetto *in vinculis* e l'avvocato<sup>141</sup>.

### **7. La limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno**

L'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. c) ord. penit. attribuisce al Guardasigilli il potere di disporre «la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno»<sup>142</sup>, lasciando quindi all'autorità amministrativa il compito di determinare quantitativamente e qualitativamente l'entità delle prescrizioni in concreto adottabili<sup>143</sup>.

Richiamando alla mente i decreti ministeriali emanati prima della riforma del 2002, si può constatare come la possibilità di inviare somme di denaro all'esterno fosse vietata in quanto ritenuta il presupposto o la conseguenza dell'esercizio del potere criminale da dentro il carcere<sup>144</sup>. Con la stabilizzazione del 41-*bis* si è deciso di non reiterare questa misura poiché, da un lato, essa impedirebbe al detenuto di perseguire obiettivi meritevoli di tutela come, ad esempio, far fronte alle esigenze economiche della famiglia; dall'altro, la limitazione delle somme in entrata, limitando di conseguenza quelle in uscita, preclude già di per sé l'esercizio di attività illecite<sup>145</sup>.

L'individuazione, sotto il duplice aspetto quantitativo-qualitativo, delle

(141) In questo senso v., ampiamente, Cass., Sez. I, 4 luglio 2014, n. 52965, Attanasio, in *CED Cass.*, n. 261811. Cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 46067, Scandurra, in *CED Cass.*, n. 261689; Cass., Sez. I, 8 luglio 2015, n. 43735, Attanasio, *inedita*; Cass., Sez. VII, 14 gennaio 2016, n. 6548, Mandalà, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2534.

(142) Secondo la giurisprudenza di legittimità «è legittima la limitazione alla ricezione di pacchi disposta nel provvedimento ministeriale di sottoposizione del detenuto al regime di cui all'art. 41 *bis* l. 26 luglio 1975 n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario), in quanto la sospensione delle regole di trattamento può comportare anche la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno, e tra questi ultimi rientrano anche i pacchi». Cfr. Cass., Sez. I, 9 gennaio 2004, n. 5323, Antonucci, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3493.

(143) Sulla discrezionalità dell'amministrazione nel determinare il contenuto della limitazione cfr. P. CORVI, *op. cit.*, p. 167; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 466; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 206. In quest'ottica sarebbe tuttavia preferibile la predeterminazione di una quantità minima di beni insuscettibile di restrizioni. A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 306.

(144) Cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 101. Era consentito solamente l'invio all'esterno di somme di denaro in funzione del pagamento delle spese difensive e delle multe o ammende.

(145) Sul punto v. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 101.

somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno compete all'amministrazione penitenziaria<sup>146</sup> che, nel fare ciò, potrà adottare soltanto quelle restrizioni che si presentano come funzionali al perseguimento delle finalità proprie del regime speciale, in ossequio al limite interno tracciato dalla Consulta e successivamente codificato al secondo comma dello stesso art. 41-*bis* ord. penit.<sup>147</sup>.

Nella prassi, le circolari ministeriali hanno fissato il numero dei "pacchi" ordinari che possono essere ricevuti in uno al mese, di peso non superiore a dieci chilogrammi, ovvero in due al mese, di peso comunque complessivamente non superiore a dieci chilogrammi<sup>148</sup>. È inoltre consentita la ricezione di due pacchi annuali straordinari, anch'essi di dieci chilogrammi, finalizzati ad effettuare il cambio stagionale e, pertanto, contenenti esclusivamente generi di abbigliamento.

Tra le limitazioni qualitative figurano, tra gli altri, il divieto di ricevere oggetti potenzialmente pregiudizievoli per l'ordine e la sicurezza interna nonché di introdurre strumenti idonei a creare collegamenti con l'esterno del carcere quali apparecchi radio dotati del sistema di modulazione della frequenza, lettori di *compact disk*, registratori a cassette nonché *personal computer*<sup>149</sup>. Se tali preclusioni appaiono ragionevoli, più difficile da comprendere risulta il divieto di ricevere dall'esterno generi alimentari che necessitano di cottura<sup>150</sup>, divieto peraltro che, come si vedrà, trae la sua base normativa nello stesso art. 41-*bis* ord. penit. che al comma 2-*quater* lett. *f* sancisce l'impossibilità di «cuocere cibi».

---

(146) Del resto, ai sensi dell'art. 14 comma 1 reg. esec., «il regolamento interno stabilisce, nei confronti di tutti i detenuti o internati dell'istituto, i generi e gli oggetti di cui è consentito il possesso, l'acquisto e la ricezione, finalizzati alla cura della persona e all'espletamento delle attività trattamentali, culturali, ricreative e sportive»; parimenti, secondo quanto previsto dall'art. 57 comma 6 reg. esec., «il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria stabilisce, all'inizio di ciascun anno, l'ammontare delle somme che possono essere spese per gli acquisti e la corrispondenza e di quelle che possono essere inviate ai familiari o conviventi».

(147) P. CORVI, *op. cit.*, p. 167.

(148) In via ordinaria, invece, ai sensi dell'art. 14 comma 6 reg. esec., «i detenuti e gli internati possono ricevere quattro pacchi al mese complessivamente di peso non superiore a venti chili, contenenti esclusivamente generi di abbigliamento, ovvero, nei casi e con le modalità stabiliti dal regolamento interno, anche generi alimentari di consumo comune che non richiedono manomissioni in sede di controllo».

(149) V. sul punto la circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042.

(150) Cfr. la circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042 nonché la circolare 7 febbraio 1997 n. 531938-1.1.41

Al fine di evitare l'immissione di generi od oggetti non consentiti, ogni pacco in entrata viene sottoposto a scrupoloso controllo e, successivamente, viene aperto dall'addetto in presenza del soggetto *in vinculis*, con contestuale annotazione di quanto ivi contenuto<sup>151</sup>.

Parte della dottrina ritiene la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno causa di una disparità di trattamento tra i detenuti in violazione dell'art. 3 comma 1 Cost. non essendo giustificabile sulla base delle esigenze proprie del regime detentivo: infatti «non si vede come tale restrizione possa ridurre il rischio che il detenuto mantenga contatti con l'esterno ed essere, pertanto, funzionale alle finalità dell'istituto ed alla situazione da tutelare con il regime carcerario speciale»<sup>152</sup>. Qui si ritiene che la misura *de qua*, nella sua dimensione astratta, sia compatibile con il dettato costituzionale posto che limitando i contatti con l'esterno – e i pacchi sono forme di contatto con l'esterno – si riduce il pericolo (ancorché potenziale) che questi siano strumentalizzati per adempiere a fini illeciti: se è vero che il pacco viene sottoposto a controllo, è altrettanto vero che chi vuole attivare un canale di collegamento “sotterraneo” con il detenuto adotterà tutti gli *escamotage* del caso per eludere tale controllo, rendendo non certo agevole, e talvolta – si presume – anche molto difficile, l'individuazione dei messaggi occulti<sup>153</sup>.

---

(151) Ai norma dell'art. 14 comma 5 reg. esec., infatti, «i generi e gli oggetti provenienti dall'esterno devono essere contenuti in pacchi, che, prima della consegna ai destinatari, devono essere sottoposti a controllo».

(152) Così M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 777. Nella stessa direzione D. PETRINI, *op. cit.*, p. 247 secondo il quale «se la disciplina concernente i colloqui [...], l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti [...] e la permanenza all'aperto in gruppi [...] è evidentemente finalizzata ad evitare rapporti diretti o indiretti con le organizzazioni criminali esterne, non ugualmente può dirsi delle limitazioni in ordine alle somme, beni e oggetti ricevuti dall'esterno». Anche parte della giurisprudenza di merito, seppur durante la vigenza della versione *ante* riforma 2009, ha talvolta considerato la suddetta misura assolutamente sproporzionata e non necessaria rispetto alle finalità perseguite dal legislatore con la sottoposizione al regime detentivo speciale dal momento che il rischio dell'introduzione di messaggi od oggetti non consentiti può essere evitato attraverso il sistema dei controlli. In questa direzione cfr. Trib. Sorv. Perugia, ord. 10 aprile 2003, n. 3349, Alcamo, *inedita*; Trib. Sorv. Perugia, ord. 12 giugno 2008, n. 358, *inedita*; Trib. Sorv. Perugia, ord. 27 marzo 2008, n. 245, *inedita*.

(153) Similmente, S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 213 secondo il quale «in base ad una elementare considerazione probabilistica [...] la possibilità di introdurre messaggi ed oggetti non consentiti, eludendo i controlli, cresce in modo proporzionale rispetto all'aumento delle quantità di oggetti che vengono introdotti». Il Tribunale di sorveglianza di Roma ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della misure *de qua* in quanto que-

## 8. *L'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati*

Se le restrizioni fin qui analizzate incidono prevalentemente sui rapporti con il mondo esterno, «l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati<sup>154</sup>» disposta dalla lett. *d*) dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit. interferisce, al contrario, sulla socialità interna all'istituto penitenziario. Questa misura “secca” si pone in linea con quelli che sono gli obiettivi del “carcere duro” posto che, per sua natura, la partecipazione alle suddette rappresentanze implica interazioni con altri reclusi suscettibili di creare contatti tra soggetti appartenenti alla stessa organizzazione criminale o ad altre ad essa alleate nonché comporta la possibilità di collegamenti con l'esterno (si veda a tal proposito l'art. 27 comma 2 ord. penit.)<sup>155</sup>: di qui l'opportunità di escludere i detenuti sottoposti al regime speciale dalle rappresentanze di cui sopra.

---

st'ultima troverebbe la sua ragione nell'esigenza di ridurre il rischio di ingresso in carcere di messaggi ed oggetti pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica. Sul punto cfr. Trib. Sorv. Roma, 23 marzo 2010, n. 1534, *inedita*. In giurisprudenza di legittimità, seppur con riferimento alla versione originaria dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., v. Cass., Sez. I, 18 gennaio 1996, n. 276, Pulli, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3772 secondo cui «in tema di sospensione, ai sensi dell'art. 41 *bis* ord. pen., delle regole di trattamento nei confronti di determinati detenuti considerati di particolare pericolosità, pur ammettendosi che il sindacato da parte del tribunale di sorveglianza sul provvedimento ministeriale che dispone la suddetta sospensione sia estensibile (sempre nell'ambito di un controllo di mera legittimità), al contenuto anche di singole disposizioni del provvedimento stesso, rimane comunque escluso che esso possa dar luogo alla disapplicazione di disposizioni quali quelle attinenti alla riduzione di colloqui, al divieto di acquisto di cibi richiedenti cottura e al divieto di ricevere pacchi, trattandosi di limitazioni e divieti ragionevolmente correlabili alle esigenze di ordine e sicurezza cui fa riferimento il citato art. 41 *bis*».

(154) Le rappresentanze dei detenuti e degli internati sono nominate per sorteggio a norma degli art. 31 ord. penit. e 67 reg. esec. Ad esse sono attribuiti compiti di gestione ed organizzazione di alcuni aspetti della vita interna al carcere: controllano l'applicazione delle tabelle e la preparazione del vitto nonché la qualità e i prezzi dei generi venduti nell'istituto (art. 9 ord. penit. e art. 12 reg. esec.); partecipano alla gestione del servizio di biblioteca (art. 12 comma 3 ord. penit. e art. 21 reg. esec.); un rappresentante dei detenuti e degli internati partecipa, senza potere deliberativo, alle riunioni della commissione istituita presso ogni istituti penitenziario per la formazione delle graduatorie all'interno delle liste di collocamento al lavoro interno e per il nulla-osta agli organismi competenti per il collocamento stesso (art. 20 ord. penit.); partecipano ad una commissione che cura l'organizzazione delle attività culturali, sportive e ricreative e ogni altra attività volta alla realizzazione della personalità dei detenuti e degli internati, anche nel quadro del trattamento rieducativo, anche mantenendo contatti con il mondo esterno utili al reinserimento sociale (art. 27 ord. penit. e art. 59 reg. esec.).

(155) Cfr., per tutti, S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 103; A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 306; G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 243; P. CORVI, *op. cit.*, p. 163; R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 206.

## 9. *Il visto di censura sulla corrispondenza: dalle condanne della Corte di Strasburgo alla disciplina attuale*

La corrispondenza epistolare o telegrafica, quale evidente forma di contatto con l'esterno, viene assoggettata ad importanti restrizioni dall'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *e*) ord. penit. il quale ne prevede la sottoposizione al visto di censura, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia.

Già i primi decreti ministeriali emessi in applicazione dell'originario secondo comma imponevano che la corrispondenza fosse sottoposta «a visto di controllo da parte del direttore dell'istituto penitenziario o da un suo delegato», in apparente violazione della riserva di giurisdizione prevista all'art. 15 Cost.<sup>156</sup>. La Consulta, interrogata sul punto, evidenziò tuttavia come l'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. non eludesse la garanzia costituzionale dell'inviolabilità delle comunicazioni posto che, mancando di derogare all'art. 18 ord. penit.<sup>157</sup>, era proprio sulla base di quest'ultima norma che doveva disporsi, con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria competente, il visto sulle missive<sup>158</sup>.

Senonché, la Corte di Strasburgo, adita al fine di vagliare la compatibilità delle misure così adottate con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ebbe a diagnosticare la violazione dell'art. 8 CEDU in quanto il meccanismo di censura della corrispondenza delineato dal citato art. 18 ord. penit. poggiava su una base

---

(156) L'art. 15 Cost. stabilisce che «la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

(157) Infatti, l'art. 18 ord. penit., prima della modifica del 2004 di cui si dirà subito appresso, disponeva, tra l'altro, quanto segue: «la corrispondenza dei singoli condannati o internati può essere sottoposta, con provvedimento motivato del magistrato di sorveglianza, a visto di controllo del direttore o di un appartenente all'amministrazione penitenziaria designato dallo stesso direttore. Salvo quanto disposto dall'articolo 18-*bis*, per gli imputati i permessi di colloquio fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, la sottoposizione al visto di controllo sulla corrispondenza e le autorizzazioni alla corrispondenza telefonica sono di competenza dell'autorità giudiziaria, ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11. Dopo la pronuncia della sentenza di primo grado i permessi di colloquio sono di competenza del direttore dell'istituto. Le dette autorità giudiziarie, nel disporre la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo, se non ritengono di provvedervi direttamente, possono delegare il controllo al direttore o a un appartenente alla amministrazione penitenziaria designato dallo stesso direttore. Le medesime autorità possono anche disporre limitazioni nella corrispondenza e nella ricezione della stampa».

(158) Cfr. in proposito Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, *cit.*

legale insufficiente<sup>159</sup>. Infatti, mentre la disposizione pattizia statuisce, tra l'altro, che l'ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare deve essere «*prévu par la loi*», il controllo delle comunicazioni epistolari disciplinato dall'ordinamento penitenziario non poteva considerarsi tale in quanto non venivano regolati né la durata delle misure, né i motivi che potevano giustificarle e non venivano indicate con sufficiente precisione l'ampiezza e le modalità di esercizio del potere di apprezzamento delle autorità competenti<sup>160</sup>. Questa situazione non ha trovato adeguata risposta nemmeno a seguito della stabilizzazione del regime speciale operata nel 2002<sup>161</sup> ove l'esplicito riferimento alla «sottoposizione a visto di censura della corrispondenza» contenuto nell'art. 41-bis comma 2-*quater* lett. e) ord. penit. non è bastato ad evitare nuove condanne<sup>162</sup>.

---

(159) In questi termini Corte eur. dir. uomo, 7 luglio 2009, n. 24425/03, Piacenti c. Italia. Nella stessa direzione Corte eur. dir. uomo, 26 febbraio 1993, n. 13803/88, Messina c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, n. 15943/90, Domenichini c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, n. 15211/89, Calogero Diana c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 1 marzo 2000, n. 26722/95, Labita c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, n. 25498/94, Messina c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 21 dicembre 2000, n. 31543/96, Rinziavillo c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 9 gennaio 2001, n. 26161/95, Natoli c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 26 ottobre 2001, n. 39920/98, Di Giovine c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 24 ottobre 2002, n. 33993/96, Messina c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 14 ottobre 2004, n. 40750/98, Ospina Vargas c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 11 gennaio 2005, n. 33695/96, Musumeci c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 29 settembre 2005, n. 77744/01, Zappia c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 10 novembre 2005, n. 56317/00, Argenti c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 29 giugno 2006, n. 8316/02, Viola c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 11 luglio 2006, n. 24358/02, Campisi c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 11 luglio 2006, n. 59638/00, Bastone c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 4 dicembre 2007, n. 60395/00, Papalia c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 24 gennaio 2008, n. 25522/03, Di Giacomo c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 19 gennaio 2009, n. 74912/01, Enea c. Italia.

(160) Sul punto cfr. C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea*, cit., p. 215 e ss.; F. BUONOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto sulla giurisprudenza Cedu*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 42, p. 75; E. NICOSIA, *op. cit.*, p. 753; P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1197 e ss.

(161) Cfr. L. FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002*, cit., p. 31 secondo cui «la riforma ha perso l'occasione anche per incidere sull'art. 18 ord. penit., pure già censurato dalla Corte europea per la sua eccessiva genericità». *Contra*, in giurisprudenza, Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, n. 449, in *Dir. e giust.*, 2004, f. 4, p. 15: «la nuova disciplina prevede che la sospensione delle regole del trattamento può comportare "la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali in materia di giustizia" (comma 2 *quater* lett. e). Ne consegue che le censure rivolte dalla Corte europea alla normativa anteriore, nella quale mancava una previsione del controllo della corrispondenza dei detenuti sottoposti al regime *ex art 41 bis*, devono considerarsi superate alla luce della nuova disciplina, nella quale il visto di censura è oggetto di una esplicita previsione di legge e il potere, di controllo della corrispondenza risulta funzionalmente circoscritto nei presupposti, nella durata e nella finalità di tutela delle esigenze di ordine e di sicurezza».

(162) V., per tutte, Corte eur. dir. uomo, 15 gennaio 2008, n. 15625/04, Bagarella c. Italia.

I moniti della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno quindi indotto il legislatore, con legge 8 aprile 2004 n. 95, ad intervenire *in subiecta materia*, espungendo dall'art. 18 ord. penit. la disciplina del visto di censura per collocarla, con i necessari aggiustamenti, in una norma *ad hoc*, l'art. 18-ter ord. penit. – rubricato appunto «Limitazioni e controlli della corrispondenza» – a mente del quale, per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono disporsi, nei confronti dei singoli detenuti o internati: a) limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa; b) la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; c) il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima. Tali misure hanno una durata massima di sei mesi, prorogabili *sine die* per successivi periodi non superiori a tre mesi, e vengono adottate con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su proposta del direttore dell'istituto, dal magistrato di sorveglianza, se si tratta di condannati o internati definitivi e di imputati dopo la sentenza di primo grado, ovvero dal giudice che procede, negli altri casi<sup>163</sup>.

Mediante l'introduzione dell'art. 18-ter ord. penit., l'ordinamento si è, perciò, rimesso “in pari” con l'art. 8 CEDU<sup>164</sup> e di questa circostanza sembra aver preso atto anche la Corte di Strasburgo<sup>165</sup>.

Orbene, riprendendo sott'occhio l'art. 41-bis ord. penit. si può osservare come, nonostante nel 2009 il legislatore abbia avuto modo di intervenire sulla disciplina del “carcere duro”, la laconica previsione in ordine al visto di censura sia rimasta immutata e, quindi, priva di qualsiasi riferimento al potere autorizzativo del giudice competente. Al fine scongiurare la macroscopica violazione dell'art. 15 Cost. che parrebbe *prima facie* rinvenirsi nella disposizione *de qua* occorre propugnare una lettura sistematica e costituzionalmente orientata dell'art. 41-bis comma 2-*quater* lett. e) ord. penit. giacché, come evidenziato in dottrina, esso disciplina

---

(163) Cfr., per tutti, C. SANTINELLI, sub *art. 18-ter ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 242 e ss.

(164) P. CORVI, *La Corte europea*, cit., p. 1199 conserva il dubbio che il disposto dell'art. 8 CEDU non sia ancora pienamente osservato dall'art. 18-ter ord. penit.

(165) G. PUMA, *op. cit.*, p. 245.

«un'ipotesi speciale di controllo della corrispondenza»<sup>166</sup> che non deroga agli artt. 18 e 18-ter ord. penit. e che, anzi, va letta alla luce di quanto disposto da questi ultimi<sup>167</sup>. Ed infatti, nella prassi, ogni decreto ministeriale di sospensione delle ordinarie regole trattamentali delega il direttore dell'istituto dove il detenuto è ristretto a richiedere alla competente autorità giudiziaria l'autorizzazione a sottoporre al visto di censura tutta la corrispondenza telegrafica ed epistolare in arrivo ed in partenza<sup>168</sup>. Soltanto questa impostazione ermeneutica consente di “esorcizzare” la lesione dei presidi costituzionali ed, in particolare, della riserva di giurisdizione in materia di libertà e segretezza delle comunicazioni. *Altera interpretatio non datur*.

Ciononostante, non può che accogliersi con favore la proposta avanzata dagli Stati generali dell'esecuzione penale che vedrebbe, tra l'altro, l'interpolazione dell'art. 41-bis comma 2-*quater* lett. e) ord. penit. mediante l'esplicito riferimento al «decreto motivato dell'autorità giudiziaria indicata nell'art. 18-ter comma 3 ord. penit.» quale passaggio imprescindibile per adottare la misura in discorso<sup>169</sup>.

Quanto ai presupposti per la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza dei detenuti nei cui confronti è applicata la disciplina *extra ordinem*, pare potersi affermare che gli stessi vadano rinvenuti nelle medesime esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica che sottintendono all'emissione del provvedimento ministeriale, posto che tutte le restrizioni di cui si compone il “carcere duro” devono essere giustificate dal (e vincolate al) più volte richiamato limite interno delineato dalla Consulta<sup>170</sup>. Nondimeno, in considerazione degli obietti-

(166) Testualmente P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 162.

(167) In questa direzione cfr. M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 775; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 162; A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 305; D. PETRINI, *op. cit.*, p. 249; S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 16; Id., *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 102. In giurisprudenza v., per tutte, Cass., Sez. I, 20 giugno 2014, n. 43522, G., in *CED Cass.*, n. 260692; Cass., Sez. I, 21 novembre 2012, n. 48365, D.T., in *CED Cass.*, n. 253978; Cass., Sez. I, 27 aprile 2006, Camerino, in *CED Cass.*, n. 234262.

(168) Sul punto cfr. M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 775.

(169) Qualora la proposta diventasse legge, la lett. e) dell'art. 41-bis comma 2-*quater* ord. penit. verrebbe così modificata: [la sospensione delle regole di trattamento prevede] «le limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia [...] previo decreto motivato dell'autorità giudiziaria indicata nell'art. 18-ter comma 3 ord. penit.». V. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, cit., p. 19 e s.

(170) In questo senso sembra propendere anche Cass., Sez. VII, 13 aprile 2016, n. 18659, *Rec. inedita* ove si legge che l'art. 18-ter ord. penit. deve necessariamente essere coordinato con

vi cui adempie il regime speciale, non si nega che anche la finalità di prevenzione dei reati di cui ragiona l'art. 18-ter ord. penit. possa essere idonea a giustificare il controllo sulla corrispondenza di questi detenuti. In ogni caso, la giurisprudenza di legittimità si è più volte fatta carico di precisare come la motivazione del decreto che autorizza la misura *ex art. 18-ter* comma 3 ord. penit., pur potendosi esprimere in forma sintetica, debba comunque dare conto in modo comprensibile del pensiero del giudice e non possa svuotarsi fino ad un'assoluta genericità dei contenuti<sup>171</sup>.

Con tale provvedimento l'autorità giudiziaria dispone la lettura del contenuto della corrispondenza in entrata e in uscita, eventualmente delegando le operazioni al direttore dell'istituto o ad un appartenente all'amministrazione penitenziaria designato dal direttore stesso. La missiva, una volta letta, viene "vistata" con «un segno idoneo a comprovare l'avvenuto controllo»<sup>172</sup> e successivamente inoltrata al destinatario, sempre che non la si consideri pregiudizievole per le esigenze in relazione alle quali ne era stata prevista la sottoposizione a censura. In questa ipotesi, infatti, il giudice competente ne decreta il trattenimento, informando in modo tempestivo il detenuto, secondo quanto sancito dall'art. 18-ter comma 5 ord. penit. ed in ossequio alla riserva di giurisdizione prevista *in subiecta mate-*

---

l'art. 41-bis il quale, nel disciplinare le limitazioni cui può essere sottoposto il detenuto, prevede la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza «per esigenze di ordine o di sicurezza pubblica e per impedire i collegamenti del detenuto con l'organizzazione criminale esterna, di cui sia ritenuto tuttora intraneo». Tuttavia, secondo M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 775 e s. la questione relativa alla motivazione del decreto autorizzativo e al margine di discrezionalità a disposizione dell'autorità giudiziaria «coinvolge anche l'operatività (e quindi la puntuale motivazione sul punto) degli specifici presupposti applicativi individuati dal 1° co. dell'art. 18 ter ord. penit., ovvero le finalità investigative e di prevenzione o di ordine e sicurezza dell'istituto nonché il rispetto delle esigenze da tutelare in prospettiva sovranazionale con le limitazioni del diritto alla libertà della corrispondenza».

(171) Cass., Sez. I, 14 marzo 2013, n. 16744, in *CED Cass.*, n. 257013; Cass., Sez. I, 8 gennaio 2015, n. 22554, P.N., in *Dir e giust.*, 29 maggio 2015; Cass., Sez. I, 12 dicembre 2013, n. 7286, in *Dir e giust.*, 17 febbraio 2014; Cass., Sez. I, 27 marzo 2009, Lioce, in *CED Cass.*, n. 239850; Cass., Sez. I, 4 dicembre 2008, Lioce, in *CED Cass.*, n. 242525; Cass., Sez. I, 21 novembre 2012, n. 48365, Di Trapani, in *CED Cass.*, n. 253978. Si è affermato in giurisprudenza che non risulta viziato da mancanza o manifesta illogicità della motivazione il provvedimento limitativo della libertà di corrispondenza fondato sull'asseverata appartenenza del detenuto ad una cosca mafiosa in quanto tale circostanza è fonte nel nostro ordinamento di restrizioni e divieti anche severi e prolungati che ne legittimano l'applicazione per la gravità intrinseca che tale legame ha in punto di pericolosità e allarme sociali. In questi termini cfr. Cass., Sez. I, 14 maggio 2009, Garone, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1140.

(172) Così C. SANTINELLI, *op. cit.*, p. 245.

ria dall'art. 15 Cost. Peraltro, nel caso in cui l'attività di controllo sulla corrispondenza venga delegata all'amministrazione, questa procede a trattenere provvisoriamente la corrispondenza in vista del successivo provvedimento giurisdizionale<sup>173</sup>.

Secondo i dettami della Suprema Corte, il decreto mediante il quale l'autorità giudiziaria dispone il "blocco" della missiva deve essere motivato quanto alle esigenze concrete e al contenuto concreto della stessa da cui inferire che vi possa essere un rischio di contatto tra detenuto e organizzazione criminale tale da arrecare pregiudizio per le esigenze di ordine e sicurezza<sup>174</sup>. Peraltro, qualora i messaggi presentino un potenziale significato criptico, può esserne disposto il trattenimento purché la motivazione dia conto, in modo comprensibile (anche se in forma sintetica), del pensiero del giudice<sup>175</sup> e sia fondata su elementi concreti che facciano ragionevolmente dubitare che il contenuto effettivo della comunicazione sia quello che appare dalla semplice lettura del testo<sup>176</sup>. Non può invece ritenersi assolto l'onere motivazionale qualora la missiva venga trattenuta unicamente in ra-

---

(173) In questa ipotesi, secondo la dottrina, il fatto che il potere riconosciuto all'amministrazione di trattenere temporaneamente la missiva sia esercitato fuori di ogni garanzia legislativa pone problemi di costituzionalità in relazione alla riserva di legge prevista dall'art. 15 Cost. Infatti, la misura – capace di intaccare, sia pure in via cautelare e provvisoria, la libertà di corrispondenza – è adottata senza che siano previamente disciplinati i contenuti e le modalità di esercizio del potere amministrativo di trattenimento: si pensi, ad esempio, alla mancata previsione sia di una precisa scansione temporale degli adempimenti successivi all'effettuazione del controllo, sia di un obbligo di comunicazione al detenuto dell'avvenuto trattenimento provvisorio. In questi termini G. M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 1, p. 24.

(174) Così Cass., Sez. I, 8 gennaio 2015, n. 22554, P.N., cit. Nella fattispecie, il detenuto intendeva inviare una lettera di rettifica al direttore di un quotidiano, ma la Corte territoriale ne disponeva il trattenimento e il "non inoltrare" con un provvedimento giudicato generico e apodittico quanto alle ragioni che lo giustificerebbero sotto il profilo della sicurezza e dell'ordine dell'istituto penitenziario mancando qualsiasi riferimento al contenuto concreto della lettera trattenuta e qualsiasi cenno a come la missiva potesse costituire veicolo di informazioni al fine del controllo del territorio da parte del detenuto. Sul punto cfr., in questi termini, A. GASPARRE, *Lettera di rettifica da inviare alla stampa: per il detenuto sottoposto a regime speciale è tutto più difficile*, in *Dir. e giust.*, 2015, f. 21, p. 164 e ss.

(175) Cass., Sez. I, 14 marzo 2013, n. 16744, D.T., in *CED Cass.*, n. 257013.

(176) Cass., Sez. I, 12 febbraio 2014, n. 9689, V., in *CED Cass.*, n. 259472. Inoltre, ai fini della limitazione del diritto alla corrispondenza epistolare ai danni di un detenuto sottoposto al regime speciale, non è necessario che venga dimostrato che la missiva inviata dallo stesso inciti o ordini la commissione di reati ovvero contenga messaggi rivolti ad altri partecipi all'associazione mafiosa, ma è sufficiente che gli elementi concreti facciano ragionevolmente dubitare che il contenuto effettivo della missiva sia quello che appare dalla semplice lettura, e temere che il detenuto abbia voluto trasmettere un messaggio che abbia a che fare con le "esigenze" indicate dall'art. 18-ter ord. penit. in questa direzione Cass., Sez. I, 12 febbraio 2014, n. 9689, in *Dir e giust.*, 28 febbraio 2014.

gione della cripticità del suo linguaggio senza far alcun riferimento alle istanze di ordine e sicurezza pubblica che dovrebbero comunque giustificare l'adozione della misura<sup>177</sup>.

Sempre per quanto attiene al profilo relativo alla motivazione del provvedimento *de quo*, la giurisprudenza di legittimità ha operato un *distinguo* tra la corrispondenza in uscita e quella in entrata precisando che nel primo caso il soggetto che subisce il controllo è lo stesso autore del messaggio di talché è «sufficiente rappresentare le esigenze che giustificano la limitazione in concreto»; nel secondo caso, invece, «il detenuto è il destinatario della corrispondenza per cui, pur non dovendo il contenuto di questa essere analiticamente esplicitato, deve comunque essere richiamato con modalità idonee ad assicurare il prudente bilanciamento tra il diritto del detenuto a conoscere le ragioni della limitazione e le finalità di pubblico interesse volte a salvaguardare le esigenze investigative»<sup>178</sup>.

La Corte di cassazione ha inoltre escluso il preteso diritto dell'interessato o del difensore tanto all'estrazione di copia quanto alla visione della comunicazione epistolare trattenuta atteso che nessuna disposizione contempla detto diritto e soprattutto perché la disciplina positiva e la stessa *ratio* dell'istituto del trattenimento della corrispondenza contraddice la possibilità della sostanziale caducazione del provvedimento censorio mediante l'accesso, in sede giurisdizionale di reclamo, alla comunicazione epistolare trattenuta, accesso che se fosse consentito renderebbe oltretutto *inutiliter data* la decisione del giudice sul gravame<sup>179</sup>. Questa impostazione ermeneutica, secondo la stessa Cassazione, non viola il diritto di difesa del detenuto, poiché l'interessato può comunque proporre reclamo avverso il provvedimento di trattenimento della missiva, provocando così un controllo di legitti-

---

(177) Cass., Sez. I, 21 novembre 2012, n. 48365, Di Trapani, *cit.*

(178) Così Cass., Sez. I, 20 giugno 2014, n. 43522, G., in *CED Cass.*, n. 260692.

(179) In questi termini Cass., Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 7505, in *CED Cass.*, n. 249803. Peraltro, la Suprema Corte ritiene legittimo la mancata indicazione al detenuto delle frasi ritenute dal contenuto ambiguo o sospetto che hanno giustificato il trattenimento della corrispondenza posto che in caso contrario si finirebbe con il vanificare le finalità investigative, di prevenzione di ulteriori reati, di garanzia di sicurezza e ordine dell'istituto penitenziario perseguite con il provvedimento motivato di controllo e di censura e rischierebbe di svuotare quest'ultimo di ogni significato. In tal senso v. Cass., Sez. I, 23 settembre 2010, n. 38632, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4013.

mità e di merito da parte del tribunale di sorveglianza<sup>180</sup>.

Invero, i provvedimenti di sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo nonché il trattenimento della stessa possono essere impugnati ai sensi di quanto previsto, in via ordinaria, dall'art. 18-ter comma 6 ord. penit., non essendovi alcun motivo per ritenere derogata tale disposizione. Se il provvedimento *ex art. 41-bis* comma 2-*quater* lett. *e*) ord. penit. è stato emesso dal magistrato di sorveglianza, il reclamo deve essere interposto non al tribunale di sorveglianza di Roma – al quale, come si vedrà, spetta la competenza a decidere sulle doglianze avverso il decreto di applicazione del “carcere duro” – bensì a quello territorialmente competente secondo le regole generali<sup>181</sup>; negli altri casi, invece, il reclamo viene presentato al tribunale nel cui circondario ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento oggetto di impugnazione<sup>182</sup>.

Merita a questo punto un cenno la prassi delle cd. intercettazioni epistolari. Sulla questione si è infatti registrato un contrasto giurisprudenziale che ha reso necessario l'intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione in ordine alla possibilità di acquisire in modo occulto il contenuto della corrispondenza agli atti del processo. In particolare, un primo orientamento interpretativo ha di fatto escluso l'operatività, in queste ipotesi, dell'art. 18-ter ord. penit. affermandone la natura «esclusivamente preventiva» e perciò incompatibile con le acquisizioni di materiale investigativo realizzate nel corso delle indagini preliminari<sup>183</sup>: di talché,

---

(180) In questa direzione Cass., Sez. I, 21 ottobre 2014, n. 46116, G.G., *cit.* Con la sentenza Cass., Sez. I, 05 dicembre 2011, n. 47748, Lo Piccolo, in *CED Cass.*, n. 252188 è stata dichiarata «manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18-ter ord. pen., sollevata per contrasto con gli articoli 3, 15, 24, 112 e 117 della Costituzione (quest'ultimo richiamato in relazione agli articoli 8 e 13 della Convenzione EDU), nella parte in cui dispone che il detenuto non può conoscere le ragioni per le quali la corrispondenza in arrivo gli è stata trattenuta, né prenderne visione, atteso che l'accesso ad essa vanificherebbe la decisione del giudice sul gravame».

(181) G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 238.

(182) Il reclamo viene proposto secondo la procedura prevista dall'articolo 14-ter ord. penit. mentre per quanto non diversamente disposto dall'art 18-ter comma 6 ord. penit. si applicano le disposizioni dell'articolo 666 cod. proc. pen. La Corte di cassazione ha precisato che «il detenuto non ha diritto di essere sentito personalmente nel procedimento davanti al tribunale di sorveglianza per la trattazione dei reclami avverso provvedimenti di trattenimento della corrispondenza» dal momento che il reclamo *ex art. 18-ter* ord. penit., per espressa previsione normativa, viene definito con il “procedimento semplificato” di cui all'art. 14-ter ord. penit. Cfr. Cass., Sez. I, 22 maggio 2013, n. 26082, Mandalà, in *CED Cass.*, n. 255923; Cass., Sez. I, 21 ottobre 2014, n. 46116, G.G., in *Dir. e giust.*, 10 novembre 2014.

(183) Ciò in quanto, secondo quest'orientamento giurisprudenziale, le esigenze «attinenti le in-

in rapporto al provvedimento con cui il G.I.P. autorizzi il controllo della corrispondenza epistolare del detenuto, deve trovare applicazione analogica la disciplina dettata dal codice di procedura penale in tema di intercettazioni telefoniche e di comunicazioni di cui agli artt. 266 e ss. cod. proc. pen.<sup>184</sup>.

A fronte di ciò, un opposto indirizzo giurisprudenziale ha, invece, ritenuto acquisibili ed utilizzabili a fini processuali soltanto quelle informazioni raccolte, nel rispetto delle garanzie approntate dall'art. 18-ter ord. penit., mediante apposizione del visto di controllo ed eventuale trattenimento della corrispondenza: donde, da un lato, l'illegittimità del provvedimento con cui il pubblico ministero avesse ordinato all'amministrazione penitenziaria di esibire le missive inviate dal detenuto, quando non fosse stata rispettata la procedura prevista dalla legge penitenziaria; dall'altro, l'inutilizzabilità *ex art.* 191 comma 1 cod. proc. pen. dei relativi risultati probatori, giacché, in questi casi, il suddetto provvedimento realizzerebbe una forma atipica di intercettazione del contenuto della comunicazione<sup>185</sup>.

Chiamate a dirimere il contrasto, le Sezioni unite hanno respinto il primo orientamento negando, per un verso, che la disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni di cui all'art. 266 cod. proc. pen. e ss. possa trovare applicazione alla corrispondenza ed escludendo, per altro verso, che il visto di censura abbia natura unicamente preventiva giacché la lettera dell'art. 18-ter comma 1 ord. penit. si riferisce in maniera indistinta «ad ogni finalità che muova l'au-

---

dagini», individuate dall'art. 18-ter ord. penit. tra i presupposti per l'adozione del visto di controllo, sarebbero altra cosa rispetto alle indagini preliminari.

(184) Sicché la Corte ha ritenuto legittimo il provvedimento del G.I.P., emesso su richiesta del P.M., per la sottoposizione a controllo e l'acquisizione a fini probatori, della corrispondenza in entrata ed in uscita, trattandosi di provvedimento complesso che si compone di un ordine di sequestro della corrispondenza già eventualmente sottoposta a controllo, sempre che rilevante per le indagini, e di un provvedimento di intercettazione di comunicazioni con eventuale sequestro della corrispondenza ritenuta rilevante. Cass., Sez. V, 18 ottobre 2007, n. 3579, Costa, in *CED Cass.*, n. 238902.

(185) Cass., Sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 47009, Giacalone, in *CED Cass.*, n. 245183; Cass., Sez. V, 4 febbraio 2010, Azoulay, in *CED Cass.*, n. 246870. Per questi motivi «il provvedimento con cui il pubblico ministero ordina al direttore della Casa circondariale di esibire alla polizia giudiziaria tutta la corrispondenza relativa ad un detenuto, consentendole di estrarne copia, dà luogo, in assenza di un precedente ordine di sottoposizione a visto di controllo disposto con le modalità e le garanzie della legge di ordinamento penitenziario, ad una forma atipica di intercettazione del contenuto della corrispondenza epistolare, per ciò determinando l'inutilizzabilità della prova per la mancanza dell'autorizzazione del giudice». Così Cass., Sez. II, 23 maggio 2006, n. 20228, Rescigno, in *CED Cass.*, n. 234652.

torità pubblica, compresa quella di ricerca degli elementi indiziari che orientano l'attività investigativa a seguito di una notizia di reato»<sup>186</sup>. Sulla base di queste osservazioni è stato quindi enunciato il principio di diritto in virtù del quale per la sottoposizione a controllo e la utilizzazione probatoria del contenuto epistolare occorre seguire le forme del sequestro di corrispondenza di cui agli artt. 254 e 353 cod. proc. pen. e, trattandosi di corrispondenza di detenuti, anche le particolari formalità stabilite dall'art. 18-ter ord. penit., compresa l'immediata informazione all'interessato di cui al comma 5, non potendosi dubitare che l'estrazione di copia per fini di documentazione dei contenuti costituisca un temporaneo trattenimento della missiva<sup>187</sup>. È invece da escludere l'applicazione della procedura di cui all'art. 18-ter ord. penit. allorché l'intercettazione non riguardi il contenuto della missiva bensì il destinatario della stessa, non essendovi, in quest'ultima ipotesi, alcuna segretezza da tutelare ex art. 15 Cost. con riferimento ai nominativi indicati sulle buste<sup>188</sup>.

Nondimeno, sul punto occorre conclusivamente segnalare che, in ragione del *dictum* delle Sezioni unite, è stata di recente sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. 18 e 18-ter ord. penit., così come interpretati dalla Cassazione, per contrasto con gli artt. 3 e 112 Cost. posto che, non consentendo di procedere, per finalità investigativa, al controllo della corrispondenza epistolare all'insaputa del detenuto, recherebbero un'irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina delle intercettazioni telefoniche ed un altrettanto irragionevole compromissione delle esigenze processuali, tanto da rendere ineffettivo il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale<sup>189</sup>.

---

(186) Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 28997, Pasqua, in *Cass. pen.*, 2013, p. 955. In dottrina v., per tutti, C. RENOLDI, *Le sezioni unite sul controllo del contenuto della corrispondenza di persona ristretta in un istituto penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 963 e ss.; G. LEO, *Le sezioni unite escludono la legittimità di controlli occulti sulla corrispondenza dei detenuti (e non solo)*, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2012.

(187) Aggiunge la Corte che «l'acquisizione della copia della corrispondenza deve ritenersi vietata ove non preceduta dalle formalità e dal rispetto delle competenze stabilite dall'ordinamento penitenziario per l'apposizione del visto di controllo». Così Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 28997, Pasqua, *cit.*

(188) In questa direzione Cass., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 45270, Ligato, in *CED Cass.*, n. 257723.

(189) Corte ass. app. Reggio Calabria, 8 febbraio 2016, C.T., in *www.gazzettaufficiale.it*.

L'art. 41-*bis* comma 2-*quater* non ripete, in materia di corrispondenza, le limitazioni di carattere soggettivo previste, invece, in tema di colloqui: ciò non toglie che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 18-*ter* comma 1 lett. *a*) ord. penit. e con la procedura ivi disciplinata, l'autorità giudiziaria possa precludere lo scambio di corrispondenza tra più persone *in vinculis* qualora ciò sia reso necessario, nel caso concreto, dall'esigenza di scongiurare, per questa via, contatti con l'ambiente esterno e con sodali ancora in libertà<sup>190</sup>. Nondimeno, sul punto è intervenuta la recente circolare ministeriale 27 aprile 2015 n. 014761 che ha sancito il divieto per tutti i detenuti sottoposti al "carcere duro" di intrattenere rapporti epistolari con altri soggetti sottoposti allo stesso regime, salvo che essi siano stretti congiunti<sup>191</sup>.

Le doglianze contro questa disposizione infra-legislativa non hanno tardato ad arrivare. Secondo un primo orientamento, la previsione ministeriale in esame è da ritenersi legittima in quanto ascrivibile a quelle misure di sicurezza menzionate dalle lettere *a*) ed *f*) dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit. che, per l'ampiezza della loro formulazione, potrebbero prestarsi a fungere da base legale per il divieto di ogni forma di contatto tra i detenuti, sia esso orale, scritto o gestuale<sup>192</sup>. Tale impostazione ermeneutica sembra, tuttavia, trascurare che la materia della corrispondenza è presidiata a livello costituzionale dalle riserve di legge e di giurisdizione sicché ogni forma di limitazione in questo settore deve essere disposta, nel singolo caso di specie, con atto motivato del giudice e sulla base della procedura determinata dalle disposizioni di rango primario: donde la necessità di leggere le norme di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *a*) ed *f*) ord. penit. in combinato disposto con l'art. 18-*ter* ord. penit., pena il loro contrasto con la Carta fondamentale. Ed infatti, stando ad un secondo e più condivisibile orientamento, la circolare *de qua* va disapplicata in quanto determina «una illegittima sottrazione al controllo giuri-

(190) Sul punto cfr. Cass., Sez. I, 23 settembre 2010, n. 38632, *cit.* ove è stato ritenuto legittimo il divieto per un detenuto sottoposto al regime speciale di intrattenere corrispondenza con persone non appartenenti al suo nucleo familiare posto che il provvedimento preclusivo emesso dall'autorità giudiziaria ha, con motivazione compiuta e correttamente argomentata, evidenziato, in tale ottica, il ruolo apicale del detenuto nell'organizzazione criminale di appartenenza e l'esigenza di scongiurare contatti con l'ambiente esterno tramite terzi in grado di veicolare messaggi agli associati rimasti liberi.

(191) V., sul punto, G. ALBERTI, *In tema di limitazioni del diritto alla corrispondenza per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis o.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2016.

(192) Mag. Sorv. Sassari, ord. 2 ottobre 2015, A.A., in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

sdizionale» della previsione che vieta la corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti alla disciplina *extra ordinem*, divieto che potrebbe essere assunto unicamente per periodi di tempo determinati e con provvedimento della competente autorità giudiziaria<sup>193</sup>. D'altronde, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 41-*bis* ord. penit. impone che qualsiasi misura limitativa della libertà o della segretezza delle comunicazioni sia rimessa al prudente apprezzamento del giudice, in aderenza a quanto disposto dall'art. 15 Cost.<sup>194</sup>.

Come si è anticipato in apertura del presente paragrafo, è esclusa la sottoposizione a visto di censura delle missive scambiate con i membri del Parlamento ovvero con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia. Tuttavia, tale disposizione, evidentemente lacunosa, deve essere integrata dalle norme generali in materia di corrispondenza “protetta” e segnatamente dall'art. 18-*ter* comma 2 ord. penit. là dove vieta ogni forma di controllo sulla corrispondenza epistolare o telegrafica indirizzata ai difensori e ai loro ausiliari, all'autorità giudiziaria nonché alle autorità indicate nell'art. 35 ord. penit., ai membri del Parlamento, alle Rappresentanze diplomatiche o consolari dello Stato di cui gli interessati sono cittadini ed agli organismi internazionali amministrativi o giudiziari preposti alla tutela dei diritti dell'uomo di cui l'Italia fa parte. Soltanto una lettura in combinato disposto con l'art. 18-*ter* comma 2 ord. penit. consente quindi all'art. 41-*bis* ord. penit. di non finire nel campo dell'incostituzionalità o dell'inconvenzionalità<sup>195</sup>.

---

(193) In questo senso Mag. Sorv. Spoleto, ord. 25 agosto 2015, n. 3305, *inedita*.

(194) Nuovamente, Mag. Sorv. Spoleto, ord. 25 agosto 2015, n. 3305, *cit.* Sul punto v. anche Mag. Sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) ove si afferma che «la disciplina secondaria introdotta dalla Circolare del D.A.P. dd. 27.04.2015, n. 0147611, in esame, non appare conforme al principio costituzionale sancito dall'art.15, Cost., che risulta nella sostanza eluso, sia sotto il profilo della riserva di legge; sia per l'assenza dell'intervento dell'autorità giudiziaria fin dal primo momento della potenziale compressione di tale diritto». Si aggiunge altresì che, «salva la possibilità di sottoposizione della medesima ai controlli di cui all'art.18-*ter*, ord. penit., non sussiste un divieto generale ed assoluto, per il detenuto [...] ristretto nel regime speciale di cui all'art.41-*bis*, ord. penit., a intrattenere corrispondenza con altri detenuti sottoposti al medesimo trattamento differenziato».

(195) Sotto quest'ultimo profilo, l'Italia, prima dell'introduzione dell'art. 18-*ter* ord. penit., era stata condannata più volte dalla Corte europea di Strasburgo ove consentiva la censura della corrispondenza indirizzata al segretario Generale, alla Commissione e alla Corte dei diritti umani. Sul punto cfr. Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, n. 15211/89, Calogero Diana c. Italia, *cit.*; Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, n. 25498/94, Messina c. Italia, *cit.*; Corte eur. dir. uomo, 24 ottobre 2002, n. 33993/96, Messina c. Italia, *cit.*; Corte eur. dir. uomo, 10 novembre 2005, n.

Un'ultima questione che non può essere ignorata è quella relativa alla possibilità di sottoporre a visto di censura i cd. scritti difensivi ossia le note e gli appunti predisposti dal detenuto in vista del colloquio con l'avvocato e strumentali all'organizzazione della difesa. Spesso, secondo una prassi troppo disinvolta, fondata su un'esegesi "elastica" dell'art. 18-*ter* nonché dell'art. 41-*bis* comma 2-*quarter* lett. e) ord. penit., questa forma di documentazione è stata oggetto di controllo al di fuori delle guarentigie apprestate dall'ordinamento penitenziario in quanto non considerata qualificabile come "corrispondenza"<sup>196</sup>.

Si segnala, tuttavia, un filone giurisprudenziale di merito che, facendo propria un'interpretazione dichiaratamente estensiva e costituzionalmente orientata, ha ritenuto doversi applicare le garanzie previste dell'art. 18-*ter* ord. penit. anche agli scritti difensivi sull'assunto, peraltro condivisibile, che questi ultimi vanno equiparati alle comunicazioni tra detenuto e legale «avendone ontologicamente la medesima natura e finalità e differenziandosene soltanto quanto al mezzo di trasmissione e consegna»<sup>197</sup>. Non può che constatarsi come anche in questo caso – al pari di quanto osservato in materia di colloqui difensivi – sia particolarmente arduo coniugare le istanze di prevenzione con il precetto di cui all'art. 24 comma 2 Cost. nonostante anche le stesse Regole penitenziarie europee ammettano quanto segue: «un'autorità giudiziaria può, in circostanze eccezionali, autorizzare delle deroghe al principio di confidenzialità con lo scopo di evitare che sia commesso un reato grave o che siano messi in pericolo la sicurezza e l'ordine interno dell'istituto penitenziario»<sup>198</sup>.

---

56317/00, Argenti c. Italia, *cit.*

(196) Per queste osservazioni v. F. ROMOLI, *Scritti "difensivi" dell'imputato detenuto in regime di 41 bis ord. penit.: la soluzione della Corte fiorentina per salvaguardare la segretezza*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2011, f. 1, p. 2 e s.

(197) In questi termini Corte d'Assise Firenze, Sez. II, ord. 23 febbraio 2011, Tagliavia, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

(198) Così Consiglio d'Europa, *Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee*, regola n. 23.

### **10. Segue. La ricezione e l'inoltro di libri, quotidiani e riviste: aspettando il "verdetto" della Consulta**

L'amministrazione penitenziaria ha adottato particolari disposizioni in materia di ricezione ed inoltro di libri, quotidiani e riviste giacché lo scambio di volumi tra detenuto e familiari ha rappresentato un canale di comunicazione con l'esterno, agevolato, nell'elusione dei controlli, dall'utilizzo di un linguaggio criptico e dalle difficoltà che il personale addetto all'ufficio censura incontra nell'ispezionare minuziosamente un'imponente mole di documenti e di scritti.

Preso atto di ciò, il D.A.P. è intervenuto emanando la circolare ministeriale 16 novembre 2011 n. 0434055 la quale, tra l'altro: a) vieta la ricezione e la ritrasmissione all'esterno di quotidiani, libri o riviste, tanto tramite pacco postale quanto mediante consegna al momento dei colloqui; b) impone che qualsiasi tipo di stampa autorizzata venga acquistato esclusivamente nell'ambito dell'istituto penitenziario tramite le cd. imprese di mantenimento ovvero direttamente in libreria tramite personale all'uopo delegato dai direttori degli istituti stessi; c) prevede che eventuali abbonamenti a giornali e riviste autorizzate debbano essere sottoscritti direttamente dalla direzione o dalla suddetta impresa di mantenimento onde evitare che terzi possano venire a conoscenza dell'istituto di assegnazione del detenuto<sup>199</sup>.

Per quanto attiene a tale ultima prescrizione, si registra un contrasto in giurisprudenza. Tra i giudici di merito si è, infatti, affermato che, sul punto, la circolare in esame «appare priva di adeguata motivazione e perciò illegittima, poiché non precisa quali rischi per l'ordine e la sicurezza, o quali vantaggi di prevenzione, derivino da tale limitazione»<sup>200</sup>. D'altronde, se in astratto può anche dirsi op-

---

(199) Per il contenuto di questa circolare v. F. PICOZZI, *Il controllo sulla circolazione e detenzione di pubblicazioni nelle sezioni 41-bis*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1553.

(200) Così Mag. Sorv. Spoleto, 31 gennaio 2012, n. 2011/6209, in *Rass. penit. crim.*, 2012, f. 2, p. 125 che prosegue evidenziando come «appare [...] non credibile che tale strumento consenta ai familiari di veicolare informazioni fraudolente, intanto perché la stampa deve comunque essere sottoposta a visto di controllo e poi perché la sottoscrizione di abbonamento da parte dei familiari non prevedrebbe la consegna diretta delle riviste (comunque consentita tramite posta) ma il mero pagamento del costo relativo». Cfr., inoltre, Mag. Sorv. Macerata, 20 maggio 2015, in *www.perso-naedanno.it* secondo cui «la circolare è illegittima per eccesso di potere nella parte in cui impedisce la sottoscrizione di abbonamenti da parte dei familiari del detenuto. Dunque essa va disapplicata per detta parte con la conseguenza che va affermato il diritto del detenuto a ricevere la stampa con dette modalità».

portuno che i terzi non vengano a conoscenza dell'istituto in cui il soggetto è recluso, in concreto la sua assegnazione è nota ai familiari e quindi facilmente divulgabile a chi ne è interessato<sup>201</sup>. Tuttavia, la Suprema Corte ritiene, al contrario, «del tutto ragionevole la prescrizione che abbonamenti a pubblicazioni avvengano per il tramite della direzione dell'istituto o dell'impresa incaricata della distribuzione in carcere, al fine di mantenere un'opportuna riservatezza sul luogo di detenzione del detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis*» ord. penit.<sup>202</sup>.

Ben più discusse sono le prime due disposizioni amministrative sopra richiamate, le quali vanno necessariamente lette in stretta correlazione: il detenuto non può ricevere libri o riviste tramite pacco colloquio o postale ma può acquistarli unicamente tramite “canali sicuri”. Sul punto, il dibattito in dottrina come in giurisprudenza è particolarmente acceso ed infatti alcuni interpreti paventano l'illegittimità della circolare in questione, altri no; alcuni giudici di merito ritengono di doverla disapplicare, altri no; l'unica certezza sembra essere l'indirizzo consolidatosi in seno alla Corte di cassazione di cui tra breve si darà conto.

Preliminarmente, è tuttavia doveroso sottolineare che l'anzidetta prescrizione appare in linea con gli obiettivi propri del regime detentivo speciale poiché «dalla pluriennale esperienza delle concrete vicende di tale specifico settore, [si] rileva come libri, giornali e stampa in genere siano molto spesso usati dai ristretti quali veicoli per comunicare illecitamente con l'esterno, così ricevendo o inviando messaggi in codice (ma anche in chiaro [...]) che da un lato non interrompono (ma possono anche alimentare) le comunicazioni di tipo criminale, dall'altro costituiscono concreti pericoli per l'ordine interno degli istituti»<sup>203</sup>. Questa precisazione

---

(201) Nella stessa direzione cfr. L. CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*, in *Rass. Penit. crim.*, 2013, f. 2, p. 179.

(202) Così Cass., Sez. I, 23 settembre 2013, n. 46783, Gullotti, in *CED Cass.*, n. 257473; Cass., Sez. I, 29 settembre 2014, n. 1774, P.M. in proc. T., in *CED Cass.*, n. 261858.

(203) Così Cass., Sez. I, 16 ottobre 2014, n. 6887, L.N.D., in *Dir. e giust.*, 18 febbraio 2015. La stessa sentenza prosegue precisando che «ove ciò avvenisse, come purtroppo non di rado avviene (il che, per massima di esperienza, è di continuo testimoniato dai relativi processi), risulterebbe vanificata una delle funzioni di base della restrizione carceraria che è quella di interrompere i legami criminali». In dottrina v. F. PICOZZI, *Il controllo sulla circolazione*, cit., p. 1555 secondo cui «tale regolamentazione appare ragionevole e proporzionata allo scopo da essa perseguito. Infatti, la semplice sottoposizione dei libri al «visto di censura della corrispondenza» – previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e) per tutti i soggetti in regime speciale – non eviterebbe il passaggio di comunicazioni fraudolente. Si pensi alle svariate modalità di inserire in un corposo tomo messaggi

risulta opportuna in quanto in mancanza del nesso funzionale, la circolare in questione sarebbe già di per sé illegittima.

Cionondimeno, come anticipato, una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito manifesta diverse censure in ordine alle prescrizioni amministrative *de qua*. Anzitutto, le si considera lesive del diritto alla corrispondenza presidiato dall'art. 15 Cost. nonché, in ambito penitenziario, dall'art. 18-*ter* ord. penit. atteso che le misure restrittive ivi imposte finiscono per incidere sulla libertà di comunicazione, vale a dire in una materia che – come noto – è soggetta alla duplice riserva di legge e di giurisdizione e che, quindi, non può essere intaccata da una circolare ministeriale<sup>204</sup>. In secondo luogo, viene paventata la violazione dell'art. 18-*ter* ord. penit. anche là dove riserva all'autorità giudiziaria il potere di adottare limitazioni nella ricezione della stampa ossia limitazioni ad un diritto, quello ad essere informati, che gode di copertura costituzionale, rientrando, quale sua componente passiva<sup>205</sup>, nella libertà di manifestazione del pensiero *ex* art. 21 Cost.<sup>206</sup>. Infine, si ritiene che le misure in argomento contrastino con il diritto allo studio e all'istruzione tutelato dagli artt. 33 e 34 Cost. nonché dall'art. 2 del Protocollo n. 1 CEDU in quanto finiscono per frapporre ostacoli alla circolazione ed alla diffusione dei testi<sup>207</sup>.

Un'altra parte degli interpreti e dei magistrati di sorveglianza afferma, al

---

criptati, magari sotto forma di piccole glosse o di semplici sottolineature di parole. Si consideri anche la diffusa possibilità di produrre, con una moderna stampante, pagine assolutamente identiche a quelle di qualsiasi libro in commercio; l'inserimento di queste in un volume consentirebbe di veicolare messaggi quasi impossibili da individuare per gli addetti ai controlli, con ciò dando luogo a un *vulnus* totalmente incompatibile con la *ratio* del regime detentivo speciale “41-*bis*”».

(204) In tal senso v. M. 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, p. 846; L. CESARIS, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 181. Cfr., altresì, Mag. Sorv. Spoleto, 31 gennaio 2012, n. 2011/6209, *cit.*; Mag. Sorv. Spoleto, 29 aprile 2014, n. 2014/1781, *inedita*; Mag. Sorv. Roma, 18 febbraio 2013, n. 5392, *inedita*.

(205) Cfr. Corte cost., sent. 28 luglio 1976, n. 202, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 21 luglio 1981, n. 148, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 14 luglio 1988, n. 826, in *www.giurcost.org*.

(206) In questa direzione cfr. M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza*, cit., p. 846; L. CESARIS, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 180. In giurisprudenza v. Mag. Sorv. Reggio Emilia, 10 gennaio 2013, n. 251, *inedita*.

(207) L. CESARIS, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 180; M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza*, cit. p. 846 il quale, peraltro, specifica che il diritto allo studio viene inciso ove la predetta ricezione di volumi sia funzionale al suo esercizio e non solo al mero “arricchimento” culturale del recluso.

contrario, la legittimità di queste disposizioni amministrative. Esse, infatti, per un verso, non incidono sulla libertà di corrispondenza, poiché hanno ad oggetto libri, quotidiani o riviste i quali non possono essere considerati una forma di comunicazione epistolare (o telegrafica) bensì un “pacco” che, come tale, soggiace a precisi limiti quantitativi e non gode delle garanzie accordate dagli artt. 15 Cost. e 18-*ter* ord. penit.<sup>208</sup>. Per altro verso, tali prescrizioni non recano alcuna compressione del diritto all'informazione posto che al soggetto *in vinculis* è comunque riconosciuta piena libertà in ordine alla scelta delle letture, salva soltanto l'indicazione dei “canali” per il tramite dei quali costui può entrare in possesso delle pubblicazioni considerate<sup>209</sup>.

Orbene, se le posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito corrono su due binari paralleli, la Suprema Corte, premettendo che le regole introdotte dalla circolare in argomento «risultano applicative della legge istitutiva del regime speciale di detenzione ed in linea con le finalità di questo»<sup>210</sup>, afferma che dette prescrizioni non vengono illegittimamente sottratte al controllo giurisdizionale previsto dagli artt. 15 Cost. e 18-*ter* ord. penit. in quanto esse non comportano «un'eccessiva ed ingiustificata compressione dei diritti, costituzionalmente garantiti, di informazione e libera circolazione delle idee, ma solo una maggiore

---

(208) F. FALZONE, F. PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rass. penit. crim.*, 2012, f. 2, p. 138. In giurisprudenza v. Mag. Sorv. Macerata, 20 maggio 2015, *cit.* secondo cui l'art. 15 Cost. «fa riferimento alla “corrispondenza” e ad “ogni altra forma di comunicazione”; in tali definizioni non può farsi rientrare il concetto di “stampa”, che è cosa completamente diversa: la corrispondenza è appunto comunicazione, esternazione del proprio pensiero a persone determinate, ed è una comunicazione a distanza mediante lo scritto (le altre forme di comunicazione cui si riferisce la norma sono pur sempre “private” e dirette a persone determinate); la stampa, invece, se da un lato veicola anch'essa il pensiero dell'autore, dall'altro non è una comunicazione per così dire privata e personale, bensì si rivolge al pubblico dei potenziali lettori, cioè ad una pluralità indistinta. Ad essa non si applica l'art. 15 Cost., ma l'art. 21». Sulla differenza tra diritto alla corrispondenza e diritto all'informazione v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, p. 522 e ss.

(209) Cfr. F. FALZONE, F. PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni*, *cit.*, p. 138 e s.; A. GASPARRE, *Terrorista in regime di 41 bis: per leggere una rivista deve utilizzare i canali autorizzati*, in *Dir. e giust.*, 2015, f. 6, p. 14 e ss. secondo cui «la Circolare, lungi dal disciplinare il ricevimento di corrispondenza, si limita a disciplinare il contenuto dei pacchi, precisando che tale contenuto non può consistere in libri, riviste o quotidiani». In giurisprudenza v. Mag. Sorv. Macerata, 20 maggio 2015, *cit.*

(210) Infatti «esse sono state introdotte con l'espressa finalità di impedire che, attraverso la ricezione o la consegna di testi, il detenuto sottoposto a regime speciale possa ricevere o comunicare all'esterno messaggi cifrati».

difficoltà alla loro fruizione, imposta da ragioni di salvaguardia del bene della sicurezza pubblica, egualmente di rango costituzionale»<sup>211</sup>. In altri termini, secondo la Cassazione, le disposizioni amministrative di cui trattasi «non limitano il diritto del detenuto ad informarsi o a studiare, risultando soltanto regolate, in funzione degli scopi del regime di detenzione speciale, le modalità con le quali possono essere ricevuti, consegnati o custoditi i libri nella propria camera di detenzione»<sup>212</sup>. Allo stesso modo «non può neppure parlarsi di compressione del diritto costituzionale alla libertà e segretezza della corrispondenza, dovendosi, in base al tenore letterale dell'art. 18-ter ord. penit., distinguere la corrispondenza (epistolare e telegrafica) [...] dalla stampa»<sup>213</sup>.

A fronte di tale orientamento consolidatosi nell'elaborazione pretoria della Suprema Corte, è stata recentemente sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis comma 2-*quater* lett. a) e lett. c) ord. penit., con riferimento agli artt. 15, 21, 33, 34 e 117 comma 1 Cost., nella parte in cui consente all'amministrazione penitenziaria di adottare, tra le misure di elevata sicurezza interna ed esterna volte a prevenire contatti del detenuto in regime differenziato con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, il divieto di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste a stampa<sup>214</sup>. In particolare, si evidenzia, in maniera assai persuasiva, che ad essere inibito «non [è] il possesso della pubblicazione in quanto tale ma una vera e propria comunicazione che intercorre tra il detenuto e terze persone, in particolare i suoi familiari» giacché, infatti, «mediante un libro [...] può evidentemente assolversi la necessità di far conoscere uno stato d'animo, di veicolare un messaggio di vicinanza, di condividere una cer-

---

(211) In questi termini Cass., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 42902, P.M. in proc. C.G., in *CED Cass.*, n. 257299.

(212) Per questo principio di diritto v. Cass., Sez. I, 23 settembre 2013, n. 46783, Gullotti, *cit.* Nella stessa direzione cfr. Cass., Sez. I, 30 gennaio 2014, n. 23523, Guzzo, *inedita*; Cass., Sez. I, 30 gennaio 2014, n. 25324, G.G., *inedita*; Cass., Sez. I, 14 febbraio 2014, n. 31277, C.A., *inedita*; Cass., Sez. I, 22 settembre 2014, n. 41760, N.G., *inedita*; Cass., Sez. I, 29 settembre 2014, n. 1774, P.M. in proc. T., *cit.*; Cass., Sez. I, 16 ottobre 2014, n. 50153, Z.V., *inedita*; Cass., Sez. I, 16 ottobre 2014, n. 50155, R.S., *inedita*; Cass., Sez. I, 16 ottobre 2014, n. 50156, L.N.D., in *Cass. pen.*, 2015, p. 1552; Cass., Sez. I, 16 dicembre 2014, n. 1628, P.M. in proc. V., in *CED Cass.*, n. 262201; Cass., Sez. I, 3 marzo 2015, n. 19204, M.S., *inedita*.

(213) Così Cass., Sez. I, 3 marzo 2015, n. 19204, M.S., *cit.*

(214) Mag. Sorv. Spoleto, 26 aprile 2016, n. 4650, in *www.gazzettaufficiale.it*.

ta urgenza emotiva, di manlevare in concreto il detenuto delle spese dell'acquisto di un testo manifestandogli così il sostegno familiare, oppure anche, naturalmente, di interpolare nel testo messaggi affettuosi o di riflessione, oppure invece criptici o addirittura francamente rivolti a trasmettere informazioni od ordini»<sup>215</sup>. Si tratta dunque, ad avviso del giudice rimettente, di una forma di comunicazione coperta dalla riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost. che in nulla differisce dall'ordinaria corrispondenza e che, come tale, per essere “bloccata”, necessita del vaglio dell'autorità giudiziaria nelle forme e nei limiti individuati dall'art. 18-*ter* ord. penit.

In secondo luogo, il quadro di ostacoli al reperimento della stampa, lungi dall'incidere sul solo metodo di acquisizione, sembra pregiudicare il concreto esercizio del diritto all'informazione in quanto, da un lato, determina un significativo onere economico a carico del detenuto che sfavorisce l'acquisto di volumi ponendo a costui l'alternativa tra quella spesa e quelle legate al sopravvitto alimentare o dei prodotti per l'igiene personale non forniti gratuitamente dall'amministrazione penitenziaria; dall'altro, configura un fisiologico allungamento del periodo di attesa dovuto al necessario espletamento dei passaggi autorizzativi e ai tempi tecnici di reperimento dei testi.

Si osserva inoltre che il libero svolgimento degli studi, garantito dagli artt. 33 e 34 Cost., trova ostacoli particolarmente nocivi derivanti dalle necessità di utilizzare il canale difficile e altamente burocratizzato degli acquisti di libri e riviste tramite l'istituto penitenziario e ciò in ragione delle tempistiche necessarie a reperirli, in sicuro contrasto con quelle del proprio piano di studi; del denaro ingente necessario a far fronte alle spese, non potendo attingere ad esempio a libri usati, come invece garantito a qualunque studente libero; dell'impossibilità di fruire di testi ormai fuori stampa o comunque non altrimenti reperibili se non in dispense fotocopiate (ipotesi assai frequente per gli scritti accademici); dei limiti quantitativi agli acquisti che dalle altre limitazioni proprie del regime differenziato ai detenuti derivano.

Il giudice rimettente ritiene, da ultimo, violato l'art. 117 Cost per via del-

---

(215) Testualmente Mag. Sorv. Spoleto, 26 aprile 2016, n. 4650, *cit.*

l'asserito contrasto tra l'art. 41-*bis* ord. penit. e gli artt. 3 e 8 CEDU – assunti a norme interposte – determinato dal fatto che la prescrizione amministrativa comprime il diritto alla vita privata e familiare di tutti i detenuti in regime differenziato, «pur nella forma residua rappresentata da quel passaggio di beni dal peculiare valore emotivo e rappresentativo di vicinanza fisica, senza che risulti in modo significativo e proporzionato incrementata la tutela dell'interesse pubblico a contrastare i contatti del detenuto con ruoli apicali in contesto di criminalità organizzata con l'associazione a delinquere di riferimento»<sup>216</sup>.

Qui si ritiene che la questione possa essere trattata nei termini seguenti. Per quanto attiene all'asserita violazione del diritto all'informazione e del diritto allo studio, la strada per giungere ad una declaratoria di incostituzionalità sembra piuttosto ardua. La circolare *de qua*, infatti, non limita la «ricezione» di libri, quotidiani o riviste ma limita soltanto le «modalità di ricezione» degli stessi, indicando al detenuto i canali per il cui tramite accedere alle letture desiderate senza, con ciò, privare il soggetto della facoltà di scegliere se informarsi o studiare e su quali testi farlo. In questo senso, le misure prescritte non si pongono in contrasto con l'art. 18-*ter* ord. penit. e quindi con gli artt. 21, 33 e 34 Cost. poiché la disciplina relativa alla circolazione della stampa non può che rientrare nella competenza dell'amministrazione penitenziaria e l'eventuale trattenimento o respingimento del libro “in entrata” costituisce un atto di natura preventiva non suscettibile di ledere, di per sé, i suddetti diritti, potendo l'interessato ottenere quel medesimo libro (e quindi quella medesima informazione) seppur attraverso un differente canale. Ne discende che l'intervento dell'autorità giudiziaria è, in tal caso, da escludere, essendo esso richiesto soltanto nell'ipotesi – estranea alle prescrizioni *de quibus* – in cui al detenuto fosse impedito di accedere a determinate letture atteso che solo allora si configurerebbe una «limitazione [...] nella ricezione della stampa» *ex art.* 18-*ter* comma 1 lett. *a*) ord. penit. da adottare con le forme e nei limiti ivi previsti<sup>217</sup>.

---

(216) In questi termini Mag. Sorv. Spoleto, 26 aprile 2016, n. 4650, *cit.*

(217) Si consideri il seguente esempio: se a Tizio, sottoposto al regime speciale, viene negata in maniera assoluta la possibilità di ricevere il libro X o il quotidiano Y, il suo diritto all'informazione viene compresso sicché tale compressione, in quanto incidente su un diritto sancito dalla Costituzione, deve essere disposta dal giudice *ex art.* 18-*ter* ord. penit., e sul punto *nulla quaestio*; ma se a

Del resto, la situazione non sembra dissimile da quella attinente i rapporti tra il regime detentivo speciale e l'art. 13 Cost., già sottoposta al vaglio della Consulta e ritenuta compatibile con la Carta fondamentale. Infatti, pare potersi sostenere che le previsioni amministrative in argomento disciplinano le «modalità» di ricezione di libri, quotidiani e riviste, senza incidere, aprioristicamente, sulla «qualità e quantità» dell'informazione o dell'istruzione cui il soggetto *in vinculis* ha diritto, allo stesso modo in cui la sospensione delle ordinarie regole trattamentali incide sulle «modalità di esecuzione della pena» e non sulla «qualità e quantità» della stessa. Da ciò ne discende che se il “carcere duro” non contrasta con l'art. 13 Cost.<sup>218</sup>, *mutatis mutandis* la disciplina della ricezione della stampa non confligge con l'art. 18-ter ord. penit. e quindi con gli artt. 21, 33 e 34 Cost., limitandosi a regolare non già *l'an* bensì il *quomodo* della ricezione di libri, riviste e quotidiani.

Se le cose possono effettivamente configurarsi come si è detto sin qui, pare allora che il problema della legittimità delle disposizioni amministrative di cui trattasi vada inquadrato non tanto nell'opportunità o meno dell'intervento del giudice – che stando così i termini della questione sarebbe da escludere – quanto piuttosto nella necessità che, in concreto, al detenuto venga assicurato un “servizio” efficace tale da non recargli una seria penalizzazione in termini di costi e di tempi d'attesa ed un decadimento dell'informazione poiché la lettura costituzionalmente orientata della circolare ministeriale impone che a costui sia assicurata la ricezione di quanto richiesto e gli sia consentito l'accesso a “canali” differenti qualora quelli indicati dall'amministrazione si rivelino infruttuosi rispetto alle sue esigenze<sup>219</sup>. Pertanto, in definitiva, la violazione degli artt. 21, 33 e 34 Cost. non può darsi *a priori* in quanto le misure *de quibus* non impediscono, in astratto, l'esercizio dei diritti all'informazione e allo studio ma deve eventualmente essere accerta-

---

Tizio viene preclusa soltanto la possibilità di ricevere mediante pacco colloquio o postale quel libro X o quel quotidiano Y, ad essere menomato non è il suo diritto all'informazione poiché egli potrà comunque ottenere quanto richiesto, seppur con modalità differenti.

(218) Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, *cit.*

(219) Nell'ipotesi in cui il libro X non sia reperibile da parte dell'amministrazione penitenziaria, deve essere consentito al soggetto *in vinculis* di riceverlo, ad esempio, per il tramite dei familiari qualora ne siano in possesso altrimenti verrebbe surrettiziamente inciso il presidio costituzionale di cui all'art. 21 Cost.

ta caso per caso qualora il servizio offerto al detenuto si riveli in tal senso pregiudizievole, salva quindi la possibilità per lo stesso di interporre reclamo al magistrato di sorveglianza competente<sup>220</sup>.

Con riferimento, invece, alla presunta violazione dell'art. 15 Cost. il discorso sembra simile, risultando piuttosto difficile pervenire ad una censura di illegittimità costituzionale. Infatti, non si dubita che anche la consegna di un libro possa costituire una forma di comunicazione, lecita o illecita che sia, e in questo le osservazioni del giudice rimettente sono assai condivisibili. Tuttavia, come ha precisato la Corte di cassazione, «non sussist[e] un diritto soggettivo del detenuto in regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. di accedere a *tutte* le forme di corrispondenza, non costituendo affatto una limitazione della libertà della corrispondenza – come tale rilevante in relazione all'art. 15 della Costituzione – il divieto di forme particolari, tenuto conto che la medesima comunicazione può essere effettuata con modalità diverse»<sup>221</sup>.

Le prescrizioni in argomento, dettate dall'esigenza di evitare la creazione di un canale di collegamento occulto tra il soggetto *in vinculis* e la criminalità organizzata, pare facciano proprio questo: impedendo che lo scambio di messaggi tra il detenuto e i suoi familiari possa avvenire per il tramite di un libro, la circolare vieta una forma – per la verità “secondaria” – di comunicazione, ritenuta potenzialmente pericolosa a prescindere dal contenuto della stessa<sup>222</sup>. Anche in tal caso, pertanto, l'autorità amministrativa, nell'ambito delle sue prerogative, si limita a regolare le modalità di corrispondenza – allo stesso modo in cui regola le modalità di esecuzione della pena e le modalità di esercizio del diritto all'informazione o allo studio, nei termini che si sono visti sopra – senza con ciò ledere quanto sancito

(220) Per quest'ultima considerazione v. Mag. Sorv. Macerata, 20 maggio 2015, *cit.* In dottrina, ritiene reclamabile il comportamento dell'amministrazione A. GASPARRI, *Terrorista in regime di 41 bis*, cit., p. 14 e ss.

(221) Così Cass., Sez. VII, 27 marzo 2014, n. 38521, Attanasio, in *CED Cass.*, n. 261191. Nel caso di specie il D.A.P., con provvedimento n. 18457/09, aveva vietato la corrispondenza con la modalità “*fax to fax*”.

(222) Lo stesso sembra possa dirsi con riferimento all'impossibilità per i detenuti sottoposti al “carcere duro” di accedere a internet, come espressamente sancito dalla circolare 2 novembre 2015 n. 0366755. Anche in questo caso, infatti, viene inibito l'accesso ad una evidente forma di comunicazione che, al pari di quanto l'amministrazione ritiene con riferimento allo scambio di volumi, risulta pericolosa in quanto capace di creare un collegamento tra il soggetto *in vinculis* e il sodalizio di appartenenza.

to dall'art. 15 Cost. e dall'art. 18-ter ord. penit. Invero, in un contesto giurisprudenziale ove si afferma che l'applicazione del “carcere duro” non incide sulla qualità della detenzione, sembra assai arduo sostenere che le misure in esame, inibendo la possibilità di comunicare attraverso lo scambio di volumi, limitino di fatto la corrispondenza, specie se si considera che le forme “tradizionali” (epistolare e telegrafica) restano impregiudicate.

Aspettando il “verdetto” della Corte, si può comunque affermare che materie “sensibili” come quelle regolate dalla circolare 16 novembre 2011 n. 0434055 dovrebbero essere compiutamente disciplinate dal legislatore<sup>223</sup>.

Di tutt'altro tenore risulta invece una diversa prescrizione, spesso applicata ai detenuti sottoposti al regime differenziato, che preclude la ricezione di quotidiani locali riportanti la cronaca della zona di loro provenienza. Non vi è dubbio come tale provvedimento restrittivo, a differenza di quanto previsto dalla circolare ministeriale di cui sopra, rechi una significativa limitazione al diritto di informarsi sicché il divieto in esame può essere legittimamente imposto solo dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 18-ter ord. penit.<sup>224</sup>. Anche in questo caso, secondo la giurisprudenza di legittimità, sono esigenze di sicurezza pubblica a giustificare detta restrizione posto il pericolo che, tramite la lettura di giornali locali, il detenuto possa venire a conoscenza di fatti di mafia e possa, di conseguenza, trasmettere ordini all'esterno per influire su tali fatti<sup>225</sup>.

---

(223) Gli Stati Generali dell'esecuzione penale hanno avanzato una proposta di modifica della lett. e) dell'art. 41-bis comma 2-*quater* ord. penit. prevedendo espressamente la limitazione (non solo della corrispondenza epistolare o telegrafica ma anche) della ricezione di libri e riviste a stampa la quale opererebbe, per espressa previsione normativa, previo decreto motivato dell'autorità giudiziaria indicata nell'art. 18-ter comma 3 ord. penit. V. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, cit., p. 2.

(224) Invero, «ai detenuti deve essere permesso di tenersi informati regolarmente degli avvenimenti pubblici abbonandosi e leggendo quotidiani, riviste ed altre pubblicazioni ed ascoltando la radio o vedendo trasmissioni televisive, a meno che non vi sia un divieto specifico imposto dall'autorità giudiziaria su un singolo caso per un periodo determinato». Così *Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee*, regola n. 24 paragrafo 10.

(225) In questa direzione cfr. Cass., Sez. I, 20 aprile 2011, n. 26306, B.F., in *Cass. pen.*, 2012, p. 2267; Cass., Sez. I, 2 luglio 2014, n. 32904, L.B., in *CED Cass.*, n. 261715; Cass., Sez. I, 18 aprile 2012, n. 43040, Attanasio, in *CED Cass.*, n. 253531. In modo particolarmente esaustivo v. Cass., Sez. I, 11 gennaio 2013, n. 6322, Pesce, in *CED Cass.*, n. 254949 ove in motivazione si legge, tra le altre cose, che «la ricezione della stampa relativa alla provincia di Reggio Calabria ben poteva consentire al P. di continuare a gestire dal carcere le attività illecite e le dinamiche dell'omonima associazione mafiosa di appartenenza, radicata nella provincia anzidetta, sicché le notizie da lui ri-

Peraltro, taluni regolamenti carcerari vietano, altresì, l'acquisto o la ricezione di giornali e riviste in materia di armi nonché di materiale di tipo pornografico. Sul punto, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di affermare che la decisione della Direzione penitenziaria di negare la consegna al soggetto *in vinculis* di due riviste per adulti regolarmente acquistate, in quanto motivata con ragioni diverse dalla natura illecita delle pubblicazioni stesse, dall'esigenza di mantenere il decoro dell'istituto o da ragioni di tutela della sensibilità di soggetti terzi, si pone in contrasto con l'art.18 comma 6 ord. penit.<sup>226</sup> là dove dispone che «i detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiani, i periodici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione». Del resto, proprio il diritto d'informazione è tale solo se a costoro è concesso di poter scegliere liberamente se, come e quando informarsi posto che «altrimenti verrebbe ad essere subita una scelta altrui, come tale esterna e per ciò solo anche arbitraria»<sup>227</sup>.

In questo senso, affinché la limitazione possa considerarsi legittima, è necessario che il giudice, in rapporto a ciascuna testata la cui lettura è inibita all'interessato, accerti la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo per l'ordine e la sicurezza secondo i parametri dettati dall'art. 18-ter ord. penit. ovvero in considerazione delle finalità di prevenzione cui adempie il regime speciale<sup>228</sup>; in caso contrario, il provvedimento rischia di risolversi in una misura puramente ed inutilmente vessatoria oltre che illegittima.

### ***11. La disciplina della permanenza all'aperto e dei gruppi di socialità***

L'art. 41-bis comma 2-quater lett. f) ord. penit., così come riformato nel 2009, statuisce che la permanenza all'aperto dei detenuti sottoposti alla disciplina extra ordinem non può avere una durata superiore a due ore al giorno – in luogo cevute da Reggio Calabria, oltre ad agevolarlo nell'elaborazione di nuove strategie criminali, potevano altresì fungere da canali di collegamento con l'esterno, idonei a consentirgli di dialogare con la cosca mafiosa di appartenenza».

(226) Così Mag. Sorv. Udine, 10 dicembre 2015, n. 3962, G.G., in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

(227) Così A. GAITO, *Cosa leggere in carcere: tra diritto alla libera scelta, tutela della sensibilità dei terzi ed esigenze di ordine e sicurezza*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 1, p. 4.

(228) Sul punto v. A. GAITO, *op. cit.*, p. 4 e s.

delle precedenti quattro –, fermo restando il limite minimo di un'ora inderogabilmente sancito all'art. 10 comma 1 ord. penit.

Tale previsione non ha mancato di sollevare pesanti critiche in dottrina ed in giurisprudenza. Infatti, in punto di ragionevolezza, essa appare «del tutto oscura [...] se parametrata alle esigenze che ispirano il regime differenziato»<sup>229</sup> in quanto, al di là della “stretta” retributiva, non si vede come la riduzione della permanenza all'aperto possa giovare alle istanze di ordine e sicurezza pubblica<sup>230</sup>, riuscendo, con ciò, difficile escludere una gratuita discriminazione e, quindi, una violazione dell'art. 3 comma 1 Cost., specie se si considera che le misure puramente afflittive non dovrebbero trovare cittadinanza in un istituto di matrice strettamente preventiva<sup>231</sup>.

Inoltre, benché la Corte di Strasburgo non abbia mai diagnosticato la lesione dell'art. 3 CEDU da parte del “carcere duro”<sup>232</sup>, la compatibilità tra la riduzione dell’“ora d'aria” fino ad una massimo di due ore al giorno ed il divieto di ricorrere a trattamenti contrari al senso di umanità consacrato all'art. 27 comma 3 Cost. resta dubbia<sup>233</sup>. Infatti, la Consulta, chiamata in passato a vagliare la legittimità del

---

(229) Così C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*, cit., p. 415. Nella medesima direzione cfr. G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 243; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 776; L. BRESCIANI, *Commento al comma 25*, cit., p. 292 secondo il quale Autore la disposizione in esame appare «ben poco funzionale alla esigenza di prevenire la prosecuzione dell'attività associativa».

(230) Cfr. Trib. Sorv. Roma, ord. 29 settembre 2009, n. 313, G.A., in *www.gazzettaufficiale.it*.

(231) Autorevolmente, F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *G. it.*, 2010, p. 2517. Nella medesima direzione v. Trib. Sorv. Roma, ord. 29 settembre 2009, n. 313, G.A., *cit.*

(232) In particolare, la Corte, affermando che la violazione dell'art. 3 CEDU non può essere evitata *a priori* bensì in termini relativi, in relazione alle specifiche circostanze, alla durata del trattamento, ai suoi effetti sul piano fisico e mentale del sottoposto, dell'età e allo stato di salute del medesimo, ha sempre ritenuto il regime speciale conforme con la disposizione pattizia di cui sopra in quanto le misure applicate, seppur severe, da un lato, non comportano un isolamento sensoriale e sociale completo ma soltanto un isolamento sociale relativo e, dall'altro, sono proporzionate alla natura dei reati commessi. Cfr., *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, 24 settembre 2015, n. 37648/02, Paolillo c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 9 gennaio 2001, n. 26161/95, Natoli c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 13 novembre 2007, n. 65039/01, Schiavone c. Italia; Corte eur. dir. Uomo, 10 novembre 2005, n. 56317/00, Argenti c. Italia. In dottrina, P. CORVI, *La Corte europea*, cit., p. 1190 e ss.; G. PUMA, *op. cit.*, p. 241 e s.; C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea*, cit., p. 202 e ss.; E. NICOSIA, *op. cit.*, p. 751 e s.; ID., *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1240.

(233) L. BRESCIANI, *Commento al comma 25*, cit., p. 292. In giurisprudenza cfr. Trib. Sorv. Roma, ord. 29 settembre 2009, n. 313, G.A., *cit. Sulla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed in considerazione di quanto disposto dall'art. 27 delle Regole peniten-*

regime detentivo speciale in relazione al precetto costituzionale *de quo*, ebbe ad attribuire particolare pregnanza alle indicazioni fornite dall'art. 14-*quater* comma 4 ord. penit.<sup>234</sup>. Orbene, posto che tale ultima disposizione, per quel che ci interessa, rinvia a «quanto disposto dall'articolo 10», se ne dovrebbe evincere la possibilità, per i soggetti nei cui confronti è applicata la disciplina *extra ordinem*, di permanere all'aria aperta per (minimo) due ore al giorno, salva la riduzione di tale periodo a non meno di un'ora in presenza di motivi eccezionali. Sennonché, con riferimento alla materia del 41-*bis*, si è consolidato nella prassi un approdo interpretativo tale per cui nel concetto di «permanenza all'aperto» andrebbero ricomprese anche le attività che si svolgono in locali diversi dalla cella<sup>235</sup>, con la conseguenza che delle due ore d'aria di cui sopra soltanto una viene dedicata al “passeggio” mentre l'altra viene impiegata in attività socializzanti di tipo ricreativo, culturale o sportivo<sup>236</sup>. Di talché, in forza di una simile impostazione, ai detenuti “differenziati” è regolarmente concesso un tempo di permanenza all'aperto *stricto sensu* intesa

---

ziarie europee – secondo cui «ad ogni detenuto deve essere offerta la possibilità di svolgere attività fisica per almeno un'ora al giorno all'aria aperta, se le condizioni atmosferiche lo consentono» –, F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem*, cit., p. 2517 ritiene piuttosto arduo pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 27 comma 3 Cost.

(234) Ai fini della «individuazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, [...] le indicazioni fornite dal legislatore con il quarto comma dell'art. 14-*quater* appaiono particolarmente pregnanti». Così Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, *cit.* La dottrina ha peraltro evidenziato come le restrizioni concernenti l'ora d'aria appaiono maggiormente funzionali al mantenimento dell'ordine e della sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario – cui mira il regime di sorveglianza particolare di cui, appunto, agli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit. – che non all'esigenza di impedire contatti tra i detenuti socialmente pericolosi e il sodalizio criminale operante all'esterno del carcere. Per questa osservazione v. F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem*, cit., p. 2517.

(235) Cfr. circolare 4 agosto 2009 n. 0286202. Anche prima della riforma del 2009 delle quattro ore d'aria previste dall'art. 41-*bis* ord. penit. due erano destinate alla permanenza all'aperto in senso stretto e due alle attività ricreative, culturali o sportive. In questo senso v. circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042.

(236) Questa “particolare” interpretazione, secondo autorevole dottrina, sembra urtare con la lettera dell'art. 10 ord. penit. e con la sua *ratio*. In questa direzione F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem*, cit., p. 2516. In giurisprudenza v. Mag. Sorv. Cuneo, ord. 29 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 2456 secondo cui «deve ritenersi illegittima l'interpretazione dell'art. 41 bis ord. penitenziario secondo la quale devono ritenersi incluse nel tetto minimo delle quattro ore di permanenza all'aria aperta (consentite dall'art. 41 *bis* comma 2 *quater* lett. *f* ord. penitenziario) le ore da trascorrere in locali interni di svago, poiché, mentre con riferimento alla permanenza all'aria aperta si pone la necessità di far fronte ad esigenze igienico sanitarie, anche per consentire una tutela della salute del condannato, la previsione delle ore di socialità risponde all'esigenza di garantire comunque la finalità dell'esecuzione penale della rieducazione del condannato, attraverso l'impiego del tempo libero per lo svolgimento di attività ricreative e culturali». In senso analogo Trib. Sorv. Torino, 11 dicembre 2003, in *www.diritto.it*.

pari al limite minimo garantito in maniera inderogabile dall'art. 10 comma 1 ord. penit., il tutto in apparente difetto di quei «motivi eccezionali» a cui quest'ultima disposizione subordina la possibilità di scendere sotto il “tetto” delle due ore<sup>237</sup>.

Dal canto suo, anche il Comitato europeo per la prevenzione della tortura non ha mancato di esprimere osservazioni critiche circa la disciplina *de qua* ed ha invitato le Autorità italiane «to review the current “41-bis” detention regime» onde concedere ai detenuti sottoposti al “carcere duro” la fruizione di almeno quattro ore d'aria al giorno da trascorrere fuori dalla cella assieme agli altri soggetti appartenenti allo stesso gruppo di socialità, sostenendo, in maniera piuttosto condivisibile, che «the prison administration is able to maintain the same level of security irrespective of whether the “41-bis” prisoners of a given living unit are able to associate for two, four or more hours per day»<sup>238</sup>.

Sebbene la Corte costituzionale, adita in due occasioni per la presunta illegittimità dell'art. 41-bis comma 2-quater lett. f) ord. penit., in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui limita la permanenza all'aperto ad una durata non superiore a due ore al giorno, non abbia avuto modo di pronunciarsi sul merito della questione, dichiarandola inammissibile nel 2010<sup>239</sup> e manifestamente inammissibile nel 2011<sup>240</sup>, ci si deve qui associare alle suddette opinioni critiche, ed in particolare alle voci dottrinali e giurisprudenziali che sottolineano l'irragionevolezza di una limitazione che pare aver poco a che vedere con la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. In questo senso, è da condividere la proposta avanzata dagli Stati generali dell'esecuzione penale con l'obiettivo di riportare – come a suo tempo previsto dalla riforma del 2002 – la permanenza all'esterno ad una durata non superiore a quattro ore al giorno di cui, per espressa previsione legislativa, due all'aria aperta e due in attività socializzanti<sup>241</sup>.

---

(237) In dottrina si è infatti sottolineato, a tal proposito, come l'art. 41-bis comma 2-quater lett. f) ord. penit. rinvii non all'intero art. 10 comma 1 ord. penit. bensì al solo «limite minimo» ivi previsto. Cfr. L. BRESCIANI, *Commento al comma 25*, cit., p. 291 e s., nt. 76; Sul punto cfr. F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem*, cit., p. 2517, nt. 38. In giurisprudenza Trib. Sorv. Roma, ord. 29 settembre 2009, n. 313, G.A., cit.

(238) Testualmente CPT/Inf (2013) 32, p. 30.

(239) Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 190, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(240) Corte cost., ord. 18 febbraio 2011, n. 56, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(241) Cfr. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione*,

La stessa lett. *f*) dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit., così come novellata nel 2009, dispone che la permanenza all'aperto *lato sensu* si svolga in gruppi di socialità formati da un numero di detenuti non superiore a quattro, in luogo della precedente determinazione in un massimo di cinque<sup>242</sup>. Orbene, al di là dei numeri, se da una parte va dato atto della bontà della scelta legislativa di aver vietato – come si vedrà a breve – qualsiasi forma di contatto tra soggetti appartenenti a gruppi di socialità diversi, dall'altra può osservarsi come non sia stato fornito, in maniera sicuramente discutibile, alcun criterio per la formazione degli stessi, in un contesto ove «il problema non è dato dal numero delle persone che fanno insieme la socialità, ma dalle caratteristiche di composizione dei gruppi»<sup>243</sup>.

A questo proposito, nel silenzio della legge, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, con l'evidente scopo di impedire che dentro il carcere possano entrare in contatto criminali di spicco e creare centri di potere antitetici agli obiettivi del regime differenziato, ha dettato alcune linee guida alle quali le singole direzioni degli istituti devono attenersi nel provvedere al raggruppamento dei detenuti ammessi a fruire assieme delle ore d'aria<sup>244</sup>: occorre, ad esempio, evitare, ove possibile, l'aggregazione di soggetti provenienti dalla medesima consortereria criminale o da sodalizi operanti in alleanza, in contrapposizione ovvero su territori confinanti; deve essere impedito il contatto tra personaggi di spicco qualunque sia la formazione mafiosa di loro riferimento; è opportuno disporre periodiche rotazioni nella composizione dei gruppi<sup>245</sup>.

L'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *f*) ord. penit. si completa al secondo pe-

---

*circuiti e sicurezza*, cit., p. 20.

(242) Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, prima della riforma del 2009, ebbe modo di osservare come il numero ottimale di detenuti che compongono i gruppi avrebbe dovuto essere tre/quattro. Cfr., in proposito, la circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042.

(243) Così S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 104; ID., *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 16; ID., *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 10. L'autorevole Autore osserva altresì che il legislatore nel fissare il numero massimo di soggetti che possono comporre il gruppo di socialità non ha tenuto conto della concreta attuabilità della disposizione la quale deve essere rapportata agli spazi disponibili per la permanenza all'aperto, sicché ove l'istituto non fosse dotato di strutture sufficienti, la fattibilità del dettato legislativo resterebbe vanificata.

(244) Peraltro in dottrina è stato osservato come non sia sempre agevole individuare omogeneità ed affinità ovvero rivalità tra i soggetti appartenenti allo stesso gruppo. Cfr. L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 465.

(245) Per queste ed altre indicazioni cfr. circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042.

riodo consentendo l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte, tra l'altro, ad assicurare l'assoluta impossibilità per i detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità di comunicare tra loro nonché ad impedire lo scambio di oggetti<sup>246</sup>. L'intento del legislatore è stato evidentemente quello di ridurre al minimo i contatti dei soggetti sottoposti al "carcere duro" non solo con coloro che sono all'esterno del carcere ma anche con chi è all'interno<sup>247</sup>.

Si noti che le misure di cui qui si ragiona possono consistere «anche», e quindi non solo, in accorgimenti logistici<sup>248</sup>: in altri termini, stante il tenore letterale del disposto legislativo, si è autorizzati ad ipotizzare l'adozione di qualsiasi provvedimento che sia funzionale agli obiettivi dell'istituto *extra ordinem*<sup>249</sup>, fermo il rispetto dei limiti tracciati dalla Corte costituzionale più volte menzionati.

Va altresì sottolineato come in virtù della lettera della norma lo scambio di oggetti tra detenuti sottoposti al regime speciale sia soggetto ad un divieto di carattere generale ed assoluto dal momento che esso opera – al contrario di quello imposto alle comunicazioni – a prescindere dall'appartenenza allo stesso o a diverso gruppo di socialità. Nonostante questa interpretazione (letterale) sia stata avva-

---

(246) Sul punto la Corte di cassazione ha ritenuto «manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 41 bis, comma 2 *quater*, lett. *f*), secondo periodo, ord. penit., in relazione agli art. 2, 13, 21 e 27 Cost., nella parte in cui impone all'amministrazione penitenziaria di adottare tutte le misure di sicurezza volte ad assicurare l'assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti non appartenenti al medesimo gruppo di socialità, poiché tale disposizione ha il fine di evitare dinamiche relazionali tra detenuti per delitti di criminalità organizzata che potrebbero agevolare logiche associative aggreganti tra esponenti dello stesso sodalizio o all'opposto, contrapposizioni conflittuali nei confronti di gruppi avversi». Così Cass., Sez. VII, 29 maggio 2014, n. 378, P., in *CED Cass.*, n. 261890.

(247) In questo senso v. M. F. CORTESI, *L'inasprimento*, cit., p. 1085; EAD., *Il nuovo regime*, cit., p. 916. A parere della medesima Autrice la disposizione in questione reca un eccessivo potere di discrezione in capo all'amministrazione.

(248) Tuttavia secondo A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis*, cit., p. 458 «si tratta di una disposizione molto generica che, proprio per la sua vaghezza, dovrebbe essere riferita esclusivamente [...] alla previsione di misure di ordine logistico e organizzativo delle strutture penitenziarie e non invece a misure che incidano sulle regole del trattamento penitenziario». Simile lettura sembra tuttavia sconfessata dalla prassi amministrativa. Invero, cfr. a titolo esemplificativo la già vista circolare ministeriale 16 novembre 2011 n. 0434055 che sancisce il divieto per i detenuti sottoposti al "carcere duro" di scambiarsi libri o riviste. Per la legittimità di questo divieto cfr. Cass., Sez. I, 28 novembre 2013, n. 30602, *inedita*.

(249) In tal senso si pensi all'ipotesi – tutt'altro che scolastica – del diniego opposto dall'amministrazione alla richiesta di un detenuto di svolgere attività lavorative all'interno del carcere (quali ad esempio lo "scopino") qualora ciò possa recare il rischio di contatti tra soggetti appartenenti a gruppi di socialità diversi.

lorata dalla Corte di cassazione<sup>250</sup>, gli Stati generali dell'esecuzione penale hanno proposto – con coerenza – di limitare l'operatività del divieto *de quo* alla sola ipotesi in cui lo scambio di oggetti avvenga al di fuori del gruppo di socialità<sup>251</sup>.

Da ultimo, si osservi come il mancato rispetto delle prescrizioni in esame, – puntualmente regolamentate con circolare ministeriale 19 luglio 2008 n. 0248770 – là dove vietano ai detenuti sottoposti al “carcere duro” di comunicare tra loro (se appartenenti a diversi gruppi di socialità) nonché di scambiare oggetti, ben possa integrare gli estremi della infrazione disciplinare prevista dall'art. 77 comma 1 n. 16 reg. esec.<sup>252</sup>.

## ***12. La prassi delle cd. aree riservate di detenzione***

Non di rado, secondo una logica di “scatole cinesi”, i massimi vertici delle organizzazioni mafiose nei cui confronti è applicata la disciplina *extra ordinem* vengono ulteriormente differenziati rispetto agli altri reclusi mediante la loro assegnazione alle cd. aree riservate di detenzione. Con tale dicitura si suole indicare semi-sezioni di istituto logisticamente separate dal reparto detentivo ospitante i soggetti sottoposti al 41-*bis* ed al cui interno vengono, appunto, allocati i “pezzi da novanta” delle varie consorterie criminali con l'intento di minimizzare il pericolo di contatto tra *boss* di spicco nonché di garantire il massimo livello di sicurezza e vigilanza possibile<sup>253</sup>.

---

(250) V. Cass., Sez. I, 17 dicembre 2014, n. 314, *inedita*; Cass., Sez. I, 28 novembre 2013, n. 30602, *inedita*.

(251) Cfr. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, cit., p. 20.

(252) L'art. 77 comma 1 n. 16 reg. esec. annovera tra le condotte che possono dare luogo a sanzioni disciplinari la «inosservanza di ordini o prescrizioni o ingiustificato ritardo nell'esecuzione di essi». Cfr. Cass., Sez. I, 29 luglio 2011, n. 30314, E.A., *inedita* la quale ha ritenuto legittima la sanzione disciplinare di otto giorni di esclusione dalle attività in comune irrogata dal consiglio di disciplina della casa circondariale di Cuneo ad un detenuto ristretto in regime speciale che aveva conversato con altro detenuto, ristretto anch'esso allo stesso regime ed appartenente a diverso gruppo di socialità, in violazione di quanto stabilito con disposizione dell'amministrazione. La Corte ha peraltro ritenuto che l'infrazione della sanzione di cui sopra è legittima a prescindere da quale sia il contenuto, vero o supposto, della comunicazione abusiva intercorsa tra i detenuti. V. inoltre Cass., Sez. I, 16 settembre 2013, n. 42426, M.L., *inedita*.

(253) F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 11; S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, f. 3 p. 51; F. DELLA CASA, sub art. 59 ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a

Questi «spazi carcerari speciali»<sup>254</sup>, distaccati rispetto al resto della struttura, accolgono, di regola, due (o, più di rado, tre) persone, con la peculiare caratteristica che al detenuto “eccellente” viene solitamente affiancato un soggetto di piccolo calibro (in gergo denominato “dama di compagnia”) la cui presenza nell’ambito del sotto-circuito amministrativo *de quo* risponde alla necessità di garantire un minimo di socialità al primo e di scongiurare, in tal modo, il realizzarsi di inumane condizioni di isolamento<sup>255</sup>.

La base legale dell’istituto in esame è “tradizionalmente” ricondotta agli artt. 14 e 42 ord. penit. e 32 reg. esec.<sup>256</sup>. Nondimeno, per la loro ampia formulazione, anche le disposizioni dettate dalle lett. *a)* ed *f)* dell’art. 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit. pare possano invocarsi in tal senso, specie se si considera che l’amministrazione penitenziaria, nel determinare il numero dei detenuti componenti i gruppi di socialità, è vincolata nel massimo (quattro) ma non nel minimo. Va, tuttavia, sottolineato che l’area riservata, non essendo contemplata *expressis verbis* nemmeno a livello di circolare<sup>257</sup>, resta, ad oggi, un prassi priva di alcuna specifica regolamentazione: «è come l’Isola che non c’è. Non esiste nella cartografia giuridica, ma solo nella mente dei solerti amministratori della giustizia»<sup>258</sup>.

Orbene, questo girone nel girone suscita alcuni interrogativi. Anzitutto, ci si può domandare se l’assegnazione ad un’area riservata rechi una (ulteriore) limitazione alla libertà personale di chi vi è destinato, in palese contrasto con le riser-

---

cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 761; L. BLASI, *L’articolo 41-bis comma 2°*, cit., p. 62 e ss.

(254) L’espressione è di M. PAVARINI, *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, p. 270.

(255) F. DELLA CASA, sub art. 59 ord. penit., cit., p. 761; F. FALZONE, F. PICOZZI, *L’organizzazione della vita penitenziaria*, cit., p. 12; Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Rapporto, cit., p. 54, nt. 63. Come testimonia S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., p. 51 alcuni magistrati di sorveglianza, specie con riferimento a questi soggetti di piccolo calibro, hanno accolto i reclami interposti contro l’assegnazione in area riservata ritenendola pregiudizievole della qualità della vita penitenziaria e giustificata non da ragioni personali di sicurezza bensì dall’esigenza di garantire la socialità agli altri detenuti.

(256) In tal senso L. BLASI, *L’articolo 41-bis comma 2°*, cit., p. 62.

(257) Cfr. S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, cit., p. 51; F. DELLA CASA, sub art. 59 ord. penit., cit., p. 761.

(258) Così C. FIORIO, *L’isola che non c’è: “area riservata” e art. 41-bis ord. penit.*, *G. it.*, 2014, p. 2875.

ve di legge e di giurisdizione sancite dall'art. 13 Cost. Sul punto la Suprema Corte assume che l'inserimento del soggetto *in vinculis* in un circuito di tal fatta sia espressione del «potere discrezionale riservato all'Amministrazione di organizzare e regolare la vita all'interno degli istituti, tenendo conto della pericolosità dei detenuti e della necessità di assicurare l'ordinato svolgimento della vita intramuraria»<sup>259</sup>. D'altronde, secondo l'arresto giurisprudenziale cui è pervenuta la Consulta circa l'applicazione del “carcere duro”, l'autorità amministrativa «può adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena (*rectius*: della detenzione), che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna»<sup>260</sup>. In questo senso, se la sottoposizione al regime speciale non comporta – a parere della stessa Corte costituzionale – un'ulteriore compressione della libertà personale del recluso, sembra difficile sostenere che un simile effetto possa prodursi mediante l'assegnazione del medesimo all'area riservata.

In secondo luogo, v'è da chiedersi se l'espedito della “dama di compagnia” sia davvero sufficiente ad escludere il realizzarsi di condizioni di isolamento, là dove si consideri che i detenuti inseriti in questo sotto-circuito spesso fruiscono, per massimo due ore al giorno, di una socialità “unidirezionale” con un solo compagno<sup>261</sup>. La questione è stata più volte rimessa al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo per l'asserita violazione dell'art. 3 CEDU ma non ha mai trovato accoglimento poiché la collocazione «*dans un “secteur réservé”*» è stata ritenuta «*amplement et rationnellement justifiée*»<sup>262</sup> e «*n'a pas excédé le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention*»<sup>263</sup>. Le conclusioni a cui

(259) Così Cass., Sez. I, 4 ottobre 2007, n. 39530, Z.V., *inedita*. Nella medesima direzione v. Cass., Sez. I, 30 gennaio 2014, n. 6737, P.A., *inedita*; Cass., Sez. I, 09 maggio 2014, n. 37231, L.B.F., *inedita*.

(260) Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, *cit*.

(261) V., autorevolmente, M. RUARO, F. DELLA CASA, *Un'interessante pronuncia norvegese sulla legalità della detenzione concernente il condannato Breivik*, in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016. Secondo F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria*, *cit.*, p. 12 «non si configura [...] una condizione di isolamento, poiché ai soggetti costà assegnati è sempre offerta la possibilità di fruire dei momenti di socialità con altri detenuti del medesimo circuito opportunamente individuati».

(262) Così Corte eur. dir. uomo, 13 novembre 2007, n. 15619/04, Attanasio c. Italia 15619704.

(263) Testualmente Corte eur. dir. uomo, 22 settembre 2009, n. 1273/06, Madonia c. Italia.

giunge la Corte di Strasburgo destano perplessità specie qualora si consideri che il Giudice europeo ha escluso che possa costituire trattamento disumano o degradante l'isolamento *de facto* dovuto all'allocazione (seppur temporanea) di un solo detenuto nell'area riservata<sup>264</sup>. Situazione, questa, da ritenere, al contrario, «*simply unacceptable*»<sup>265</sup>.

In terzo luogo, ci si può domandare se l'inserimento del soggetto *in vinculis* all'interno del circuito in esame sia suscettibile di controllo giurisdizionale. La Suprema Corte, da un lato, ha riconosciuto la sindacabilità da parte del magistrato di sorveglianza dei provvedimenti con cui l'amministrazione penitenziaria opera "trasferimenti" intramurari, collocando il detenuto in una determinata sezione, a condizione che ciò, eccedendo la funzione che gli è propria, comporti una lesione dei diritti del recluso<sup>266</sup> nonché, dall'altro, ha ritenuto che possano costituire am-

---

(264) Corte eur. dir. uomo, 13 novembre 2007, n. 65039/01, Schiavone c. Italia ove è stato ritenuto legittimo un isolamento di quasi otto mesi; Corte eur. dir. uomo, 15 gennaio 2008, n. 15625/04, Bagarella c. Italia ove la Corte, pur rammentando che l'isolamento sensoriale completo combinato ad un totale isolamento sociale può ledere la personalità e costituisce una forma di trattamento inumano che non può essere giustificata con esigenze di sicurezza o con qualsiasi altra motivazione, afferma che il divieto di intrattenere rapporti con gli altri detenuti per ragioni di sicurezza, di disciplina e di protezione non viola, di per sé, l'art. 3 CEDU. Pertanto, tenuto conto della durata del trattamento denunciato, nonché dell'atteggiamento delle autorità italiane, che si sono preoccupate di collocare altri detenuti nel settore riservato del carcere, la Corte ha concluso che l'isolamento di quattro mesi e cinque giorni subito dall'interessato – periodo durante il quale costui ha continuato a ricevere le visite dei membri della sua famiglia e del suo avvocato – costituisce un isolamento parziale e relativo e non raggiunge quella soglia minima di gravità necessaria per ricadere sotto l'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU.

(265) Così CPT/Inf (2010) 12, p. 39. D'altronde la giurisprudenza di merito ha ammesso che il magistrato di sorveglianza può annullare il provvedimento di allocazione del detenuto nell'area riservata ogni qual volta l'inserimento in tale circuito si sostanzia in un regime di sostanziale isolamento poiché «sebbene sia facoltà dell'amministrazione carceraria dividere i detenuti in categorie e disporre l'assegnazione del singolo detenuto a questo o quel reparto, tale facoltà non può tradursi nella comminatoria di fatto di un isolamento occulto, come allorché il detenuto sia la sola persona assegnata ad un reparto, giacché ciò si tradurrebbe in una illegittima compressione del diritto costituzionale alla risocializzazione del condannato». Così Mag. Sorv. Viterbo, 15 dicembre 2005, n. 164, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 20, p. 74. Adesivamente, L. BLASI, *No al detenuto da solo in area riservata. Se il risultato concreto è l'isolamento il magistrato può dire stop*, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 20, p. 72 e s. Si noti, peraltro, che il regime penitenziario «deve permettere a tutti i detenuti di trascorrere giornalmente fuori dalla cella il tempo necessario per garantire un livello sufficiente di contatti umani e sociali» e «deve, inoltre, provvedere ai bisogni sociali dei detenuti». Così Consiglio d'Europa, *Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee*, regola n. 25 paragrafi 2 e 3.

(266) Sul punto cfr. Cass., Sez. I, 24 ottobre 2007, n. 46269, Musumeci, in *CED Cass.*, n. 238842; Cass., Sez. VII, 21 giugno 2012, n. 36437, *inedita*; Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, n. 49988, Lo Piccolo, in *CED Cass.*, n. 245969 ove viene applicato il seguente principio di diritto: «Il provvedimento di inserimento del detenuto nel circuito E.I.V. (elevato indice di vigilanza) ove non ecceda la funzione tipica che gli è propria, non è in sé suscettibile di ledere diritti soggettivi e si

missibile oggetto di impugnazione «le singole disposizioni o gli atti esecutivi che siano in concreto lesivi dei diritti incompressibili del detenuto»<sup>267</sup>.

Quanto all'effettività della tutela, sino a pochi anni addietro, il soggetto interessato, di fronte a queste situazioni, poteva proporre reclamo al magistrato di sorveglianza competente *ex art. 35 ord. penit.*, senonché – come noto – l'eventuale accoglimento della doglianza si sarebbe risolto in una mera sollecitazione all'amministrazione priva di forza giuridica cogente posto che l'ordinamento nulla disponeva riguardo all'efficacia delle decisioni del suddetto giudice<sup>268</sup>. Omettendo di analizzare in questa sede il travagliato cammino che ha portato la giurisprudenza costituzionale a riconoscere una sempre maggior tutela alle posizioni soggettive dei detenuti, basti qui osservare come a seguito dell'introduzione dell'art. 35-*bis* ord. penit. nonché della modifica dell'art. 69 ord. penit. ad opera della legge 21 febbraio 2014 n. 10 (di conversione del D.L. 23 dicembre 2013 n. 146) il panorama di riferimento *in subiecta materia* sia sensibilmente mutato. Infatti, senza alcuna pretesa di completezza, si può anzitutto rammentare che la possibilità di interporre reclamo avverso «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizio-

---

sottrae quindi al controllo del Magistrato di sorveglianza, mentre possono costituire ammissibile oggetto di reclamo le singole disposizioni o gli atti esecutivi che siano in concreto lesivi dei diritti incompressibili del detenuto». Si noti peraltro che le sentenze qui citate prendono le mosse da un pronuncia della Corte costituzionale con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 ord. penit. «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale». Così Corte cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(267) Così Cass., Sez. I, 24 ottobre 2007, n. 46269, Musumeci, *cit.*; Cass., Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 14487, P.F., in *Cass. pen.*, 2005, p. 2351. V. altresì Mag. Sorv. Milano, 10 febbraio 2009, in Foro ambr., 2009, 2, p. 205 secondo cui «il provvedimento di allocazione intramuraria in alcune sezioni o aree piuttosto che in altre, con la prescrizione di determinate cautele in ragione della pericolosità sociale del soggetto, si sottrae al controllo della Magistratura di Sorveglianza, se non per la parte che riguarda i singoli atti che siano lesivi dei diritti primari del detenuto. L'art. 14 l. 26 luglio 1975 n. 354, infatti, esplicita i criteri attraverso i quali si regola l'assegnazione e il relativo raggruppamento dei detenuti. Le limitazioni eventualmente conseguenti a un regime più rigoroso rispetto a quello ordinario, che sia conseguenza di ragioni inerenti la pericolosità dei detenuti, non sono, al pari dell'assegnazione, oggetto di reclamo né di sindacato da parte del magistrato di sorveglianza, salvo che per la parte riguardante l'eventuale e specifica violazione dei diritti che ne derivi».

(268) Per queste osservazioni v. S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, *cit.*, p. 51 e s.; L. BLASI, *No al detenuto da solo in area riservata.*, *cit.*, p. 72 e s. Ne derivava che le decisioni del magistrato di sorveglianza di accoglimento dei reclami concernenti doglianze riferite all'inserimento del detenuto nell'area riservata ovvero a singole disposizioni o atti esecutivi, ancorché lesivi di diritti soggettivi, potevano tranquillamente essere disattese dall'amministrazione penitenziaria.

ni previste dalla [legge penitenziaria] e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti» è oggi espressamente contemplata dall'art. 69 comma 6 lett. b) ord. penit. All'art. 35-bis ord. penit., invece, il legislatore – spinto dai moniti della Consulta e della Corte europea di Strasburgo circa l'ineffettività della tutela dei diritti dei detenuti – ha sancito, tra l'altro, il potere del magistrato di sorveglianza di ordinare, in caso di inerzia dell'amministrazione, l'ottemperanza del provvedimento che egli ha emesso ai sensi del suddetto art. 69 comma 6 ord. penit., indicando modalità e tempi di adempimento, nonché di dichiarare nulli gli eventuali atti adottati in violazione o elusione del provvedimento stesso rimasto ineseguito<sup>269</sup>. Dato questo “nuovo” quadro normativo, pare qui potersi affermare come, ove l'assegnazione all'area riservata si concretizzi in un pregiudizio rilevante ex art. 69 comma 6 lett. b) ord. penit., il detenuto possa esercitare il diritto di reclamo ivi previsto, beneficiando, in caso di accoglimento dello stesso, della forza giuridica cogente oggi riconosciuta alla pronuncia del magistrato di sorveglianza.

Comunque sia, non sembra azzardato sostenere che, sul piano del rapporto costi-benefici, la predisposizione del sotto-circuito in analisi presenti un saldo negativo in ragione del quale risulta condivisibile la raccomandazione della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato volta alla dismissione di questi spazi carcerari speciali<sup>270</sup>.

Prima di concludere il presente paragrafo può essere opportuno accennare al fatto che l'area riservata non rappresenta l'unico strumento impiegato dall'amministrazione in una logica di “gestione interna” dei soggetti sottoposti al “carcere duro”. Invero, si tenga presente che costituisce prassi non rara l'applicazione del regime di sorveglianza particolare di cui agli artt. 14-bis e ss. ord. penit. anche a questa categoria di detenuti<sup>271</sup>. In merito a ciò, nonostante parte della dottrina pro-

---

(269) Sul punto v. ampiamente M. BORTOLATO, sub *art. 35-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 410 e ss.

(270) *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 67.

(271) Cfr. *Senato della Repubblica. XVII legislatura. Relazione sullo stato di attuazione della legge recante modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354, in materia di trattamento penitenziario (Triennio 2012-2014)*, doc. CXVII n. 1, p. 6 reperibile al sito [www.sena-](http://www.sena-)

penda per ritenere che tra i due istituti vi sia «un rapporto di sussidiarietà, prevenendo stadi diversi di restrizione di medesimi beni», ove il regime disciplinato dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. risulta “assorbente” rispetto alla sorveglianza particolare<sup>272</sup>, è qui sufficiente sottolineare come la giurisprudenza di legittimità, nel ritenere compatibili i due istituti, sostenga che «mentre il primo consiste nella sospensione delle regole di trattamento al fine di recidere i collegamenti del detenuto con sodalizi criminali operanti all'esterno del circuito penitenziario, il secondo ha connotazione disciplinare e la finalità di impedire condotte del detenuto stesso che rechino pregiudizio alla sicurezza o all'ordine interno dell'istituto»<sup>273</sup>.

Cionondimeno, anche in questo caso, la Commissione diritti umani del Senato ha raccomandato «il superamento della prassi applicativa del regime di sorveglianza particolare ai detenuti già sottoposti all'art. 41-*bis* per evitare l'applicazione di misure cautelari raddoppiate e pertanto ingiustificate»<sup>274</sup>.

### **13. Aspetti di vita quotidiana in regime di “carcere duro”**

La vita quotidiana del detenuto sottoposto al regime speciale subisce una regolamentazione particolarmente restrittiva – talvolta, addirittura, vessatoria – che incide in maniera non trascurabile sulla sua esistenza in carcere. Volendo fare una “carrellata”, sicuramente non esaustiva, di esempi particolarmente significativi, si può partire dalla disciplina delle perquisizioni. Esse, che di regola sono funzionali all'ordinato svolgimento della vita quotidiana dell'istituto<sup>275</sup>, con riferimento ai detenuti sottoposti al “carcere duro” non possono che assumere anche una seconda funzione, quella di evitare la vanificazione delle finalità di quest'ultimo me-

*to.it.*

(272) In questo senso v. R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2012, p. 21 secondo cui «è facilmente intuibile che si tratta solo di un diverso grado di limitazione: nella sostanza il diritto su cui incide il provvedimento è sempre lo stesso. [...] Per questo motivo, si può affermare che debba trovare applicazione solo il regime di cui all'art. 41 *bis*».

(273) Così Cass., Sez. I, 23 dicembre 2008, n. 44072, Bagarella, in *CED Cass.*, n. 241838.

(274) *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 67.

(275) Cfr., per tutti, F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir., Ann.*, II, tomo 2, Milano, 2008, p. 810.

dante, ad esempio, l'inoltro all'esterno – con la complicità di familiari, avvocati o quant'altri vengano a contatto con il detenuto – di piccoli foglietti (cd. pizzini) prontamente occultati sul corpo e quindi non rinvenibili dalle autorità penitenziarie preposte al controllo se non tramite perquisizione. È però evidente che questa pratica particolarmente invasiva debba recare un adeguato contemperamento tra le esigenze di sicurezza – sia essa interna od esterna – e l'interesse del detenuto al «rispetto della [sua] dignità e, nei limiti del possibile, del [suo] pudore»<sup>276</sup>. Ciò evidentemente impone, da un lato, che l'ordine con cui viene disposta la perquisizione personale sia motivato<sup>277</sup> e che le relative operazioni siano documentate, e, dall'altro, che al soggetto *in vinculis* sia riconosciuta «una sede giurisdizionale nella quale l'eventuale illegittimità della misura possa essere direttamente e pienamente fatta valere»<sup>278</sup>. Quanto detto assume particolare importanza poiché nella prassi si suole distinguere tra due forme di perquisizioni differientemente invasive: le perquisizioni manuali o con l'utilizzo di *metal-detector* e le perquisizioni mediante denudamento<sup>279</sup>. Quest'ultima modalità, secondo la Suprema Corte, «ben

---

(276) In questo senso Corte cost., sent. 22 novembre 2000, n. 526, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). In dottrina F. DELLA CASA, *Le perquisizioni personali in carcere: nuovi criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4225 secondo cui le esigenze di sicurezza dell'istituzione carceraria vanno bilanciate con il principio che esige il rispetto della dignità inerente alla persona umana nel trattamento del detenuto. V., inoltre, *Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee*, regola n. 54 paragrafo 4 ove si legge che «le persone sottoposte a perquisizione non devono essere umiliate dalla procedura di perquisizione».

(277) Secondo F. DELLA CASA, *Le perquisizioni personali in carcere*, cit., p. 4224 «a meno di non accontentarsi di una pseudomotivazione, non può certo ritenersi «adeguatamente giustificat[a]» una misura riguardante un'intera cerchia di detenuti. Del resto, l'esigenza di una motivazione «individualizzata», quale requisito indispensabile per procedere a questo tipo di perquisizione, emerge anche dalla normativa dei più evoluti ordinamenti penitenziari europei». Cfr. Cass., Sez. I, 27 giugno 2013, n. 12286, D.G.A., *Dir. e giust.*, 14 marzo 2014 secondo cui «la misura del denudamento, in quanto particolarmente invasiva e potenzialmente lesiva dei diritti fondamentali dell'individuo, non può essere prevista, in astratto e in situazioni ordinarie nelle quali il controllo può avvenire senza ricorrere alla suddetta misura, ma deve essere disposta con provvedimento motivato, solo nel caso in cui sussistano specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza interna o in ragione di una pericolosità del detenuto risultante da fatti concreti». La Cassazione, nel caso di specie, ha dichiarato l'illegittimità della condotta posta in essere nei confronti di un detenuto, sottoposto a perquisizione con denudamento al termine di ogni colloquio con i familiari, atteso che tali perquisizioni erano avvenute senza una motivazione contenuta in uno specifico provvedimento, ma per asserite disposizioni previste dalla circolare del 16 febbraio 2001, la quale prevede la necessità di sottoporre a perquisizione i detenuti dopo i colloqui.

(278) Per queste statuizioni v. Corte cost., sent. 22 novembre 2000, n. 526, *cit.*

(279) Stando ai regolamenti carcerari, le perquisizioni mediante denudamento vengono di regola disposte – nei confronti del detenuto al 41-bis – all'ingresso e all'uscita dall'istituto, prima della sua

può essere legittimamente disposta ed eseguita dagli organi dell'amministrazione penitenziaria, quando sia motivatamente sorretta da effettive, specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza interna, in riferimento alla peculiare situazione di fatto o alla pericolosità dimostrata "in concreto" dalla condotta del detenuto che rendono, nella specie, la misura ragionevolmente necessaria e proporzionata»<sup>280</sup>.

In osservanza di questi principi, la giurisprudenza ha più volte dichiarato illegittima, in quanto non adeguatamente motivata, la perquisizione con denudamento allorché essa era stata disposta, ad esempio, prima del colloquio con il difensore<sup>281</sup> ovvero in occasione dell'accesso alla sala predisposta all'interno della struttura carceraria per la partecipazione ai processi mediante videoconferenza<sup>282</sup>. Al contrario la Cassazione ha ritenuto non doversi considerare legittimo impedimento a comparire in udienza *ex art. 420-ter* cod. proc. pen. il rifiuto da parte del detenuto di sottoporsi a perquisizione prima dell'ingresso nell'aula delle videoconferenze se la perquisizione è stata legittimamente disposta, dovendo – tale diniego – essere apprezzato come indicativo della scelta di non presenziare<sup>283</sup>.

---

dimissione da esso, prima e dopo i colloqui senza vetro divisorio eventualmente fruiti nonché ogniquale volta specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza interna ovvero la particolare pericolosità del detenuto lo richiedano; quelle manuali, invece, vengono effettuate all'atto di uscita e di rientro nella camera detentiva o nella sezione, prima e dopo la permanenza all'aperto, prima e dopo i colloqui con i familiari (con vetro divisorio), con operatori penitenziari e magistrati o con i difensori.

(280) Così Cass., Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4217.

(281) Cfr. Cass., Sez. I, 23 aprile 2014, n. 20355, G.G., *inedita*. V., inoltre, Cass., Sez. I, 16 febbraio 2011, n. 13996, C.S., in *CED Cass.*, n. 249685 in cui la Corte ha affermato che la misura del denudamento del detenuto per lo svolgimento della perquisizione personale prima del colloquio dello stesso con il difensore è legittimamente imposta dall'amministrazione penitenziaria soltanto ove sussistano specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza interna, in riferimento a particolari situazioni di fatto che non consentano l'accertamento con strumenti di controllo alternativi, oppure in riferimento alla pericolosità dimostrata in concreto dal detenuto, che renda la misura ragionevolmente necessaria e proporzionata. La giurisprudenza di legittimità ha altresì avuto modo di precisare che è illegittimo il provvedimento disciplinare (nella specie di esclusione per quindici giorni dalle attività in comune) deliberato dal consiglio di disciplina di istituto penitenziario nei confronti di detenuto per avere egli opposto il rifiuto a perquisizione personale mediante denudamento con flessioni sulle gambe prima di recarsi a colloquio con il difensore senza vetro divisorio, allorché tale provvedimento sia motivato non con l'allegazione di effettive e specifiche esigenze di sicurezza interna, ma con il riferimento esclusivo all'astratta previsione regolamentare, in tal modo ritenendo automaticamente imponente una forma di controllo che, per la sua grave invasività, va adottata solo in circostanze che ne facciano ritenere ineluttabile l'adozione. In questo senso v. Cass., Sez. I, 19 novembre 2008, n. 46263, in *CED Cass.*, n. 242066.

(282) In questa direzione v. Cass., Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, *cit.*

(283) Cfr. Cass., Sez. I, 24 settembre 2014, n. 10076, Attanasio, in *CED Cass.*, n. 262692; Cass., Sez. II, 21 dicembre 1998, n. 486, Avezzano, in *CED Cass.*, n. 212255; Cass., Sez. II, 10 novem-

Per quanto attiene le perquisizioni, va precisato che queste non si esauriscono nei controlli alla persona del detenuto ma si estendono anche alle celle e agli ambienti frequentati dai reclusi. Sul punto sono state mosse alcune critiche da Comitato europeo per la prevenzione della tortura che, a seguito della visita del 2008 al carcere di Novara, ha avuto modo di osservare che «*the prisoners' cells were very regularly searched (at least three times a week)*» e che ciò avrebbe potuto ledere la riservatezza della corrispondenza con avvocati od autorità eventualmente conservata nella camera di detenzione: di qui la raccomandazione a che i controlli delle celle vengano effettuati alla presenza dell'«inquilino» interessato<sup>284</sup>. D'altronde, al punto 54 delle Regole penitenziarie europee può leggersi che i detenuti devono assistere alla perquisizione dei loro effetti personali a meno che le tecniche impiegate o il pericolo potenziale che ciò può rappresentare per il personale lo proibiscano.

Detto delle perquisizioni, ci si può accingere a menzionare un'altra pratica particolarmente invasiva della vita quotidiana in carcere ed in particolare della *privacy* del detenuto: il riferimento è evidentemente alla prassi ben nota della cd. video-sorveglianza continua, disposta, cioè per l'intero arco della giornata ed estesa anche alla *toilette*. Detto strumento ha attirato su di sé le critiche di dottrina, giurisprudenza e del suddetto CPT posto che il suo impiego rende il regime speciale «*even more oppressive*»<sup>285</sup>. Si noti come ciò che viene contestato non è tanto il fatto che il detenuto sia sottoposto alla video-sorveglianza continua quanto le ragioni per le quali questa viene utilizzata. Invero, trattandosi di effettuare un bilanciamento tra interessi contrapposti, si è da più parti ritenuto che uno strumento così invasivo non sia di per sé illegittimo ma debba essere impiegato – e qui sta il *punctum dolens* della questione – soltanto nell'ottica del *favor custodiae* che può

---

bre 2006, n. 38766, Attanasio, in *CED Cass.*, n. 235309 ove, nel caso di specie, era stata disposta perquisizione mediante denudamento. V., inoltre, Cass., Sez. I, 22 maggio 2008, n. 24715, Vitale, in *CED Cass.*, n. 240805 nel qual caso un soggetto detenuto nella casa circondariale di Novara in regime differenziato ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., dovendo essere accompagnato presso il centro clinico del carcere di Milano per eseguire una visita medica, è stato sottoposto a perquisizione personale che non ha consentito si svolgesse completamente, rifiutando di denudarsi e di effettuare flessioni sulle gambe, per cui la prevista traduzione non è avvenuta.

(284) CPT/Inf (2010) 12, p. 37.

(285) CPT/Inf (2013) 32, p. 30.

ricorrere, ad esempio, quando vi è un ragionevole pericolo di atti di autolesionismo o di evenienze che la P.A. deve istituzionalmente contrastare nell'interesse del detenuto<sup>286</sup> per cui la video-sorveglianza continua estesa anche al bagno, in assenza di siffatte ragioni, finisce per porsi in contrasto con l'art. 27 comma 3 Cost. e con gli artt. 3 e 8 CEDU<sup>287</sup>.

Fatto queste breve cenno alla prassi della video-sorveglianza continua, può osservarsi come la vita quotidiana dei soggetti sottoposti al “carcere duro” sia incisa anche da talune disposizioni amministrative che regolano la detenzione di oggetti all'interno della cella. Ciò è quanto avviene, ad esempio, in forza della circolare ministeriale 16 novembre 2011 n. 0434055 ai sensi della quale viene interdetto l'accumulo nella camera detentiva di un numero eccessivo di testi: in particolare, a coloro che sono regolarmente iscritti a corsi scolastici od universitari è permesso di mantenere in cella non più di una dozzina di libri mentre negli altri casi il limite massimo è fissato nel numero di cinque<sup>288</sup>. È parere di autorevole dottrina che siffatta regolamentazione rechi un *vulnus* al diritto all'istruzione, quale diritto fondamentale per la crescita e il reinserimento sociale del detenuto, non a caso, collocato al primo posto tra gli elementi del trattamento e garantito dagli artt. 33 e

---

(286) Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, n. 49988, Lo Piccolo, in *CED Cass.*, n. 245969. La Corte evidenzia che «in assenza di siffatte ragioni, una “si” incisiva e, soprattutto invasiva modalità di controllo carcerario, idonea a determinare nel tempo pesantissime conseguenze sulla stessa psicologia del detenuto, eppertanto sulla sua salute personale, può essere consentita esclusivamente in presenza di evidenziate e motivate necessità, che il giudice territoriale dovrà nello specifico motivatamente illustrare». Cfr. anche CPT/Inf (2013) 32, p. 30 il quale aggiunge che ai detenuti deve essere garantita una ragionevole *privacy* quando utilizzano la *toilette*, il lavabo o la doccia.

(287) In questa direzione Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, n. 49988, Lo Piccolo, *cit.*; Mag. Sorv. Spoleto, ord. 24 febbraio 2015, n. 4462, *inedita*; Mag. Sorv. L'Aquila, ord. 9 maggio 2013, V.L., in *Rass. penit. crim.*, 2013, f. 2, p. 173. In dottrina v. B. BOCCHINI, *Diritto alla privacy e detenuti in regime 41-bis ord. penit.: un duetto consacrato dalla cassazione*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2011, f. 2, p. 4 nonché L. CESARIS, *Diritti dei detenuti*, *cit.*, p. 176 a parere della quale «non si comprende come il sistema di controllo possa essere funzionale a neutralizzare la pericolosità del soggetto, ove si rifletta sul fatto che la telecamera posta nel bagno è stata – nel caso di specie – manipolata in modo che le immagini, in particolare la figura del detenuto, risultino sfocate». Si noti in questa direzione che secondo la Cassazione la video-sorveglianza continua è illegittima allorché i controlli fisici diretti, mediante feritoie ed oblò, siano ritenuti sufficienti a prevenire possibili aggressioni alla persona del detenuto. V. Cass., Sez. I, 15 marzo 2011, n. 16402, Lo Piccolo, in *www.archiviopenale.it*.

(288) *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, *cit.*, p. 64. «La Commissione raccomanda [...] all'Amministrazione penitenziaria di rivedere le limitazioni al possesso di oggetti nelle camere detentive, riservandole esclusivamente a ciò che ha una incidenza effettiva sulle possibilità di comunicazione con l'esterno, precluse dalla *ratio* della norma di legge».

34 Cost. nonché dall'art. 2 Protocollo n. 1 CEDU<sup>289</sup>. Nondimeno, la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che «il diritto allo studio non viene in alcun modo limitato per il solo fatto che si impedisce al detenuto di tenere nella propria cella un numero eccessivo di libri» precisando che «tale divieto appare del tutto giustificato dalle ragioni indicate nella circolare»<sup>290</sup>.

Similmente, ai soggetti sottoposti al regime differenziato non è consentito detenere più di trenta fotografie all'interno della cella<sup>291</sup> ed è altresì vietato affiggere alle pareti poster, foto o quant'altro possa occultare generi od oggetti non consentiti. Limitato è inoltre il numero di capi di abbigliamento firmati (massimo due) di cui il detenuto può disporre, essendo assolutamente vietata da una circolare ministeriale la formazione di interi guardaroba costituiti da generi di lusso. Questa disposizione amministrativa, frutto di un'interpretazione «assai larga» dell'art. 10 comma 3 reg. esec.<sup>292</sup>, trova la sua giustificazione nella necessità di evitare che beni di consistente valore economico vengano adoperati come mezzi volti ad affermare condizioni di superiorità nell'ambiente detentivo o come merce di scambio tra i detenuti<sup>293</sup>. D'altronde, l'insegnamento della Consulta depone nel senso che vada combattuto «il manifestarsi all'interno del carcere di forme di “potere” dei detenuti più forti o più facoltosi, suscettibili anche di rafforzare le orga-

---

(289) L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 464; EAD., *Diritti dei detenuti*, cit., p. 180. In chiave critica v. altresì CPT/Inf (2010) 12, p. 33.

(290) In questi termini, v. Cass., Sez. I, 30 gennaio 2014, n. 25324, G.G., *inedita*; Cass., Sez. I, 29 settembre 2014, n. 1774, Tarallo, in *CED Cass.*, n. 261858.

(291) CPT/Inf (2010) 12, p. 33.

(292) A mente dell'art. 10 comma 3 reg. esec. «è ammesso il possesso di oggetti di particolare valore morale o affettivo qualora non abbiano un consistente valore economico e non siano incompatibili con l'ordinato svolgimento della vita nell'istituto».

(293) Per queste considerazioni v. F. PICOZZI, *È applicabile anche ai detenuti “41-bis” il divieto di possedere vestiti costosi*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2804. Nella medesima direzione v. Cass., Sez. I, 15 novembre 2013, n. 767, Attanasio, in *CED Cass.*, n. 258398; Cass., Sez. I, 23 settembre 2013, n. 44330, C.G., *inedita*; Cass., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 42605, L.R.G.G., in *CED Cass.*, n. 257604 ove in motivazione si può tra l'altro leggere che «l'adozione di vestiario lussuoso - che sarebbe possibile solo da parte dei detenuti particolarmente facoltosi - non solo altererebbe la tendenziale *par condicio* che deve presiedere alla condizione carceraria, che non può sopportare ingiustificate distinzioni nell'esecuzione della pena, ma finirebbe anche per riproporre ed esaltare in ambito carcerario posizioni di predominio, anche in un ben differenziato aspetto esteriore, ricalcato proprio dalle organizzazioni malavitose di provenienza, il che è davvero inammissibile. Non può non riconoscersi, invero, che il vestiario che solo un *boss* può permettersi, che lo ha contraddistinto in libertà, e che un mero affiliato non si sarebbe mai ardito di indossare (per rispettare le ineludibili gerarchie interne), costituirebbe motivo di distinzioni, vassallaggi, ossequi o invidie, e simili gravi turbative, ben pericolose per l'ordine e la sicurezza, quanto meno interne».

nizzazioni criminali»<sup>294</sup>. Allo stesso tempo, però, essa precisa che alle misure disposte in attuazione del regime speciale non può essere attribuito «uno scopo “dimostrativo”, volto cioè a privare una categoria di detenuti di quelle che vengono considerate manifestazioni di “potere reale” e occasioni per aggregare intorno ad essi “consenso” traducibile in termini di potenzialità offensive criminali»<sup>295</sup>. A fronte di ciò, suscita non pochi dubbi il divieto di cuocere cibi – particolarmente “indigesto” alla dottrina<sup>296</sup> – imposto dallo stesso art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *f*) ord. penit. a tutti i soggetti ristretti al regime speciale ivi disciplinato. Invero, secondo una logica del tutto inconferente con le finalità proprie del “carcere duro”<sup>297</sup>, ai detenuti differenziati è esclusivamente consentito di riscaldare – mediante l'utilizzo di fornelli a gas – cibi e liquidi già cotti nonché di preparare bevande calde<sup>298</sup>. In relazione al divieto *de quo* è stata a suo tempo sollevata una questione di legittimità costituzionale poi dichiarata manifestamente inammissibile dalla Consulta per difetto di motivazione sulla rilevanza<sup>299</sup>. Nonostante ciò, in prospettiva *de lege ferenda*, gli Stati Generali dell'esecuzione penale, mossi evidentemente da un'apprezzabile logica di aderenza agli scopi del regime speciale, ne hanno proposto l'eliminazione<sup>300</sup>.

(294) Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, *cit.*

(295) Nuovamente Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, *cit.*

(296) Cfr., in chiave critica, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 214; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, *cit.*, p. 466.

(297) Durante la vigenza della versione originaria dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2864 evidenziò come il messaggio contenuto nei provvedimenti applicativi del regime speciale fosse quello di «affermare la supremazia delle regole dello Stato di diritto nei confronti di chi ha utilizzato le regole del trattamento penitenziario per mantenere, anche all'interno del carcere, il proprio “prestigio criminale”». Orbene, la prescrizione in discorso – peraltro sistematicamente prevista già nei primi decreti ministeriali di applicazione del “carcere duro” – risponde sicuramente a detta logica. Infatti, prima della stretta repressiva operata dal legislatore penitenziario ad inizio anni '90, era anche attraverso il cibo che i mafiosi ostentavano il loro *pedigree* criminale all'interno del carcere. Si pensi alla sorprendente (e sconcertante) vicenda rivelata da un collaboratore di giustizia e riportata da V. MACRÌ, *Art. 41 bis, 2° comma, O.P.*, in *Consiglio superiore della magistratura, Incontro di studio dal titolo: Il regime speciale di cui all'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: confronto sulle questioni aperte*, Roma, 2007, p. 3, nt. 1, reperibile al sito *www.csm.it*, stando alla quale un boss detenuto nella Casa circondariale di Reggio Calabria, ad inizio anni '80, poteva vantare generi alimentari di ogni tipo, pesce spada, aragoste, casse di *champagne* e persino animali vivi (poi macellati) come agnelli o capretti.

(298) Cfr. circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042; circolare 7 febbraio 1997 n. 531938-1.1.41.

(299) V. Corte cost., ord. 18 febbraio 2011, n. 56, *cit.*

(300) Cfr. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione*,

Secondo quanto affermato dal Giudice delle leggi, la sottoposizione alla disciplina *extra ordinem* «non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento, le quali semmai dovranno essere organizzate, per i detenuti soggetti a tale regime, con modalità idonee ad impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il provvedimento ministeriale tende ad evitare»<sup>301</sup>. Ciononostante, si deve constatare come i gravi problemi organizzativi e la mancanza di strutture e locali idonei vengano ad incidere sulle risorse e sulle opportunità trattamentali e soprattutto sulla concreta possibilità per i destinatari del regime *ex art. 41-bis* comma 2 di accedere vi<sup>302</sup>.

Ai detenuti sottoposti al regime differenziato è stata talvolta negata la pos-

---

*circuiti e sicurezza*, cit., p. 20.

(301) Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, *cit.* Sul punto la Cassazione ha avuto modo di affermare, tra l'altro, che «la prova della partecipazione all'opera di rieducazione – la quale non può mai consistere per alcuno nella mera regolarità della condotta – costituisce condizione assolutamente indispensabile, ai sensi dell'art. 54 comma 1, dell'ordinamento penitenziario, per poter fruire della liberazione anticipata. Tale condizione, quindi, deve sussistere anche con riguardo ai soggetti sottoposti al regime di cui all'art. 41 *bis*, comma 2 del medesimo ordinamento; regime che, di per sé, non esclude in assoluto la possibilità di fornire comunque la prova richiesta, considerando, da un lato, che il citato art. 41 *bis* non prevede la sospensione totale delle regole di trattamento, ma solo di quelle, tra esse, che «possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza»; dall'altro lato che il principio del “trattamento” informa comunque, necessariamente, di sé l'intero ordinamento penitenziario e può trovare attuazione, ai sensi dell'art. 15 comma 1, di tale ordinamento, in una tale varietà di elementi (istruzione, lavoro, religione, attività culturali, ricreative e sportive, contatti con il mondo esterno, rapporti con la famiglia), da rendere difficilmente ipotizzabile, in concreto (specie nell'attuale contesto sociale, generalmente sensibilizzato all'esigenza che l'attuazione della pena, in ossequio al dettato di cui all'art. 27 cost., non assuma mai caratteristiche di disumanità e sia comunque volta alla rieducazione del condannato), una situazione nella quale nemmeno uno degli elementi anzidetti sia presente e, quindi, valutabile, positivamente o negativamente, ai sensi dell'art. 94 del regolamento di esecuzione». Nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte ha annullato la decisione del tribunale di sorveglianza che, nei confronti di un soggetto sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis*, aveva ritenuto sufficiente, per la concessione della liberazione anticipata, la mera regolarità della condotta, sull'assunto che non sarebbe stato possibile al medesimo soggetto dar prova, altrimenti, di partecipazione all'opera di rieducazione. Così Cass., Sez. I, 5 maggio 1995, n. 2749, P.M. in proc. Belfiore, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 215. Inoltre Cass., Sez. I, 13 aprile 1994, Rabito, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2688; Cass., Sez. I, 9 settembre 1994, Modeo, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3068.

(302) In questi termini L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, 2015, cit., p. 467.

sibilità di recarsi alle esequie del parente defunto<sup>303</sup>, in evidente spregio delle esigenze umanitarie che sottintendono simili richieste e in palese violazione del principio secondo il quale la concessione dei permessi in questione – definiti appunto umanitari – non trova ostacoli nemmeno nei confronti di quei soggetti che hanno riportato condanna per gravi delitti, ritenuti sintomatici dell'appartenenza alla criminalità organizzata<sup>304</sup>. Di recente, la Cassazione, è intervenuta in maniera convincente sul punto, censurando il comportamento del magistrato di sorveglianza che – dopo aver revocato il permesso in precedenza concesso al detenuto di partecipare al funerale del fratello – ha altresì rigettato la richiesta avanzata dal medesimo soggetto *in vinculis* di recarsi almeno a rendere omaggio alla tomba del parente defunto. La Suprema Corte, premettendo che il diniego opposto dal giudice di merito priverebbe l'interessato «di un momento di profonda umanità, quale il sostare (poco importa se in preghiera o meno) davanti alla tomba di un caro e vicino congiunto colpito da un destino infausto, importante per la sua rieducazione e per la sua risocializzazione», ha affermato che «non può essere semplicemente una argomentazione relativa ad esigenze di sicurezza pubblica ad impedire o comunque a comprimere in modo completo la possibilità per il detenuto di fruire di un permesso concepito per venire incontro a circostanze drammatiche della vita familiare», specie se si considera che possono essere disposti l'accompagnamento armato e d ogni altra cautela volta a garantire le predette esigenze<sup>305</sup>.

Da ultimo, non mancano di suscitare perplessità taluni atti o comportamenti “denunciati” dai detenuti come particolarmente mortificanti: ci si riferisce, ad esempio, alla prassi secondo cui le visite mediche devono essere effettuate alla presenza del personale di Polizia penitenziaria<sup>306</sup>; all'inibita ricezione di alcuni canali televisivi quali “Rai Sport” e “Rai Storia”<sup>307</sup>; al rigetto della richiesta di latte

---

(303) V. Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, n. 74912/01, Enea c. Italia che dichiara irricevibile, sul punto, il ricorso del detenuto.

(304) F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., p. 124.

(305) Testualmente Cass., Sez. I, 27 novembre 2015, n. 15953, Vitale, *inedita*.

(306) In merito a ciò, la *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 65 raccomanda il pieno rispetto del principio di riservatezza che tutela il rapporto medico-paziente che deve potersi svolgere al riparo del controllo auditivo e visivo del personale di polizia.

(307) Mag. Sorv. Roma, 9 maggio 2011, n. 3031, in *www.gazzettaufficiale.it*.

caldo in occasione della prima colazione<sup>308</sup>; all'eccessiva schermatura delle finestre delle camere detentive (talvolta mediante l'applicazione di un pannello di *plexiglass*)<sup>309</sup>; alla mancanza di pulsanti per l'illuminazione artificiale; al rigetto della richiesta di tenere in cella due dipinti raffiguranti padre Pio; al divieto di ingresso in istituto di un maestro buddista zen e alla mancata somministrazione di vitto vegetariano<sup>310</sup>; all'illuminazione notturna della cella<sup>311</sup>; alla negata possibilità di inoltrare ad un professore una tesi di laurea – che, come la presente, verteva sull'art. 41-*bis* ord. penit. – ritenuta potenzialmente pericolosa per la sicurezza pubblica in quanto recante la trattazione di presunti abusi commessi dalla direzione del carcere!

#### **14. Il delitto di cui all'art. 391-bis del codice penale: quale presidio all'effettività del regime speciale?**

La legge 94/09, oltre ad aver riformato *in peius* il regime detentivo speciale, ha introdotto all'art. 391-*bis* del codice penale una nuova *figura criminis* che, «almeno nei *desiderata* del legislatore [...], si pone a presidio del fondamentale strumento disciplinato dall'art. 41-*bis*» ord. penit.<sup>312</sup>. La norma, infatti, punisce

(308) Cass., Sez. VII, 12 dicembre 2012, n. 23379, L., in *CED Cass.*, n. 255490.

(309) Sul punto v. Cass., Sez. VII, 30 aprile 2014, n. 46937, Guarino, *inedita* ove, facendo leva sul disposto dell'art. 6 reg. esec., si precisa che «fermo restando l'obbligo di assicurare un “sufficiente passaggio diretto” di aria e luce naturali non è fatto divieto all'amministrazione, in presenza di ragioni di sicurezza, di posizionare “schermature” alle finestre delle camere». Tuttavia, secondo la *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 63 «appare necessario adeguare alcune strutture detentive a standard minimi di abitabilità sia attraverso la rimozione di inutili filtri esterni al passaggio di aria e luce naturale che nella predisposizione di chiusure interne azionabili dal detenuto o su sua richiesta». D'altronde, a mente di quanto previsto da *Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee*, 18 paragrafo 2 lett. a) «le finestre devono essere sufficientemente ampie affinché i detenuti possano leggere e lavorare alla luce naturale in condizioni normali e per permettere l'apporto di aria fresca, a meno che esista un sistema di climatizzazione appropriato».

(310) Cass., Sez. I, 25 settembre 2013, n. 41474, R.C., in *www.penalecontemporaneo.it*.

(311) Corte eur. dir. uomo, 19 marzo 2013, n. 43575/09, Riina c. Italia ove la Corte ha statuito che l'illuminazione notturna della cella non raggiunge un livello di gravità sufficiente per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione poiché il regime speciale non comporta un isolamento sensoriale o sociale completo.

(312) In questi termini G. MORGANTE, *Commento al comma 26 dell'art. 2 legge 15 luglio 2009, n. 94*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario al “pacchetto sicurezza” l. 15 luglio 2009 n. 94*, Torino, 2011, p. 300.

con la reclusione da uno a quattro anni chiunque consente a un detenuto sottoposto al “carcere duro” di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte. Se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio ovvero da un soggetto che esercita la professione forense si applica la pena della reclusione da due a cinque anni.

L'introduzione di questa nuova fattispecie penale va letta in un'ottica, per così dire, di ampio respiro, che tenga conto della *ratio* sottesa all'intervento legislativo del 2009: infatti, la riforma dell'art. 41-*bis* ord. penit. e la predisposizione dell'art. 391-*bis* cod. pen. procederebbero, secondo la dottrina<sup>313</sup>, in modo parallelo e sarebbero accomunate dal medesimo obiettivo, quello di “ricucire” le smagliature del sistema, attraverso le quali i detenuti in carcere sono capaci, nonostante i vincoli del regime differenziato, di indicare e sostenere le scelte operative ed economiche del gruppo di riferimento<sup>314</sup>. D'altronde, come si è detto in precedenza, la “tenuta stagna” del regime rischia di essere messa in crisi «dalle condotte di “intermediari” (familiari, difensori, agenti di polizia penitenziaria), che si prestano a trasmettere le informazioni dal carcere all'esterno e viceversa»<sup>315</sup> vanificando, per questa via, gli obiettivi di prevenzione speciale cui ottempera il “carcere duro”<sup>316</sup>. Tuttavia, se è apprezzabile il nobile intento di “porre un freno” a tali

---

(313) F. SIRACUSANO, *L'art. 391-bis c.p. e la contiguità alla mafia*, in *Arch. Pen. - Rivista Web*, 2015, f. 1, p. 4. Secondo A. DELLA BELLA, sub *art. 391-bis cod. pen.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, Milano, 2011, p. 4033, questa nuova fattispecie «rappresenta il *pendant* sul versante penalistico delle modifiche apportate, sul piano del diritto penitenziario, all'art. 41 *bis* ord. penit. dalla stessa l. n. 94/2009». Parlano di «identità di *ratio*» delle due modifiche anche A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Recenti interventi legislativi e della Corte costituzionale in tema di reati contro l'amministrazione della giustizia*, in P. PISA (a cura di), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2009, p. 460. Nella medesima direzione v. R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 66.

(314) In questi termini *Presidenza del Consiglio dei Ministri, Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza* (a cura del Dipartimento Informazioni per la Sicurezza), 2008, p. 34.

(315) Così A. DELLA BELLA, *Nuovo delitto di “agevolazione” ai detenuti in “41-bis”*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38*, Milano, 2009, p. 469 e s.

(316) In questa direzione R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 66; A. DELLA BELLA, sub *art. 391-bis cod. pen.*, cit., p. 4032 e s. Secondo T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 17 «se un regime come quello dell'articolo 41-*bis* ord. penit. [...] esige il ricorso ad una fattispecie *ad hoc* per reprimere pesantemente le comunicazioni elusive delle prescrizioni, v'è da chiedersi quale sia la tenuta effettiva dei compartimenti stagni eretti intorno al detenuto».

comportamenti, non altrettanto apprezzabile è la qualità dell'intervento legislativo e del disposto normativo che ne è scaturito.

Già sotto il profilo sistematico, parte della dottrina nutre dei dubbi circa la bontà della scelta di collocare l'art. 391-*bis* cod. pen. tra i «delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie» (Libro II Titolo III Capo II del codice penale) posto che il provvedimento eluso è il decreto del Ministro della giustizia ossia un atto amministrativo che come tale è estraneo alla categoria delle decisioni giudiziarie<sup>317</sup>.

Si noti inoltre la distonia tra la rubrica e il disposto dell'articolo: nel primo caso si parla in termini di “agevolare” ossia di un contributo che, come evidenziato da alcuni interpreti, viene posto in essere per facilitare ciò che, seppur con qualche difficoltà, poteva ugualmente avvenire o sarebbe avvenuto; nel secondo caso, invece, si parla in termini di “consentire” cioè di un'azione con cui si «“rende possibile” la realizzazione di un determinato fatto che, altrimenti, mancando la condotta, non si sarebbe verificato»<sup>318</sup>.

Quanto all'elemento materiale del reato, la norma *de qua* incrimina, come anticipato, chi consente a un detenuto sottoposto al “carcere duro” di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte. Anzitutto, il richiamo alle «restrizioni di cui all'art. 41-*bis*» ord. penit. è da intendere *cum grano salis*: sebbene, infatti, l'articolo da ultimo citato disciplini due differenti regimi speciali che adempiono ad esigenze ben diverse, è con riferimento a quello previsto dal secon-

---

(317) Sul punto v. A. DELLA BELLA, *Nuovo delitto di “agevolazione” ai detenuti in “41-bis”*, cit., p. 469; EAD., sub art. 391-*bis* cod. pen., cit., p. 4033; G. MORGANTE, *op. cit.*, p. 300; S. GAMBACURTA, *Le misure di prevenzione penitenziarie*, in F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materia di sicurezza pubblica)*, aggiornato dalle novità introdotte dalla “Legge finanziaria 2010”, dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo “mille occhi sulle città” dell'11 febbraio 2010, Milano, 2010 p. 370; F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 9 a parere del quale «la fattispecie di agevolazione ai detenuti avrebbe potuto trovare una collocazione sistematica più appropriata all'interno del titolo secondo del codice penale, tra i delitti contro la pubblica amministrazione». Siffatta classificazione sarebbe stata «più coerente rispetto alla natura del provvedimento “disatteso”». Maggiormente condivisibile è l'opinione di chi ritiene che la norma avrebbe potuto ricevere una collocazione sistematica più appropriata tra i delitti contro l'ordine pubblico. In tal senso I. PALMA, *La legislazione antimafia dopo la legge 15 luglio 2009 n. 9*, in *Riv. pen.*, 2010, f.2, p. 112. Nella stessa direzione R. CANTONE, *Agevolazione criminosa ai detenuti ed internati*, in *Dig. Pen. Agg.*, V, Torino, 2010, p. 22.

(318) Per la distinzione tra “agevolare” e “consentire” v., per tutti, F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 12.

do comma che si deve leggere l'art. 391-*bis* cod. pen., deponendo in tal senso sia l'interpretazione storica indirizzata a rintracciare la volontà del legislatore del 2009 nonché l'esegesi teleologica della nuova *figura criminis*.

In secondo luogo, occorre determinare la latitudine del fatto tipico commesso da colui che «consente di comunicare con altri». Sotto questo profilo, è evidente che il termine «altri» vada concepito come «altri soggetti», a prescindere, quindi, dalla circostanza che gli stessi siano detenuti o meno<sup>319</sup>. Inoltre, l'ampiezza e la genericità della formula impiegata dal legislatore porta a ritenere che il delitto *de quo* sia un reato a forma libera<sup>320</sup>, con la conseguenza che tra le condotte punibili deve annoverarsi tanto “l'agevolazione” dello scambio diretto quanto l'azione dell'intermediario che si fa latore del messaggio<sup>321</sup>. Quest'ultimo, a sua volta, può anche non avere un contenuto intrinsecamente illecito e può provenire dal detenuto o essere a lui diretto<sup>322</sup>, ferma restando la necessaria «elusione delle prescrizioni all'uopo imposte».

Trattasi, pertanto, di capire quand'è che la comunicazione possa dirsi “elusiva” del regime speciale. Taluni interpreti escludono che ci si debba attenere al significato letterale delle espressioni contenute nel disposto dell'art. 391-*bis* cod. pen.: una simile interpretazione porterebbe, infatti, a concludere che «le uniche regole che possono essere eluse riguardano il trattamento del detenuto», discendone da ciò che la fattispecie penale di nuovo conio verrebbe integrata «effettuan-

---

(319) S. GAMBACURTA, *op. cit.*, p. 374; A. DELLA BELLA, sub art. 391-*bis* cod. pen., cit., p. 4035; I. PALMA, *op. cit.*, p. 112; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 66.

(320) D. MANZIONE, *Le novità di rilevanza penale dell'ennesima legge sulla sicurezza pubblica (L. 15.7.2009 n. 94)*, in *L. p.*, 2009, p. 587; A. DELLA BELLA, sub art. 391-*bis* cod. pen., cit., p. 4034; EAD., *Nuovo delitto di “agevolazione” ai detenuti in “41-bis”*, cit., p. 470; secondo F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 12 «la scarsa precisione della condotta può rappresentare una chiara scelta di politica criminale: non si sono volute, appositamente, specificare le modalità di realizzazione del fatto proprio per consentire all'interprete una più duttile ed elastica applicazione della fattispecie».

(321) I. PALMA, *op. cit.*, p. 112; D. MANZIONE, *op. cit.*, p. 587; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 66; S. GAMBACURTA, *op. cit.*, p. 372 secondo il quale la comunicazione può avvenire non solo a voce ma anche con scritti, disegni, strumenti informatici o semplici gesti. Secondo F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 12 «la previsione appare volutamente ampia e generica, proprio perché le “modalità comunicative” per eludere le prescrizioni del detenuto sottoposto al regime del 41-*bis* ord. penit. possono essere le più varie».

(322) S. GAMBACURTA, *op. cit.*, p. 372; F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 15; I. PALMA, *op. cit.*, p. 112; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 66 e s.; A. DELLA BELLA, sub art. 391-*bis* cod. pen., cit., p. 4036.

do più colloqui di quelli previsti, più incontri, più telefonate o trascorrendo più ore d'aria con altri reclusi»<sup>323</sup>. A ben vedere, tuttavia, in questi casi le prescrizioni di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. vengono violate e non eluse, in un contesto normativo dove, invece, il termine “elusione” andrebbe inteso quale comportamento volto a frustrare l'effettività e l'efficacia delle regole imposte, pur senza infrangerle<sup>324</sup>. Siffatta impostazione non brilla comunque di determinatezza: ad esempio, nell'ipotesi in cui un agente di polizia penitenziaria trasmetta all'esterno del carcere le direttive fornitegli dal detenuto, qual'è la prescrizione aggirata? È evidente come in situazioni simili – ove probabilmente, non senza forzare l'attività interpretativa, potrebbe ritenersi violata la norma che limita i colloqui – a subire un *vulnus* sia l'*esprit* del regime speciale “proclamato” al secondo comma dell'art. 41-*bis* ord. penit. ove si legge che «la sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle [esigenze di ordine e sicurezza pubblica] e per impedire i collegamenti con l'associazione [criminale, terroristica o eversiva]». Tuttavia pare improbabile che il riferimento a tale disposizione sia sufficiente per la configurazione del reato *de quo* attesa la formulazione dell'art. 391-*bis* cod. pen. ove si parla – come detto – di prescrizioni «all'uopo imposte».

Un ulteriore problema interpretativo emerge dalla disamina dei soggetti coinvolti. Anche in questo caso può riscontrarsi una evidente discrasia tra la rubrica della norma ed il suo disposto poiché nella prima si parla tanto di detenuti quanto di internati mentre nella seconda quest'ultima categoria di ristretti scompare. Se ciò sembra frutto di un *lapsus* del legislatore, non si nega che l'eventuale applicazione del principio *rubrica non facit legem* nonché del divieto (in materia penale) di analogia in *malam partem* implicitamente sancito dall'art. 25 Cost. circoscriverebbe l'ambito operativo del delitto in discorso alla sola ipotesi di agevolazione dei detenuti e non anche a quella degli internati<sup>325</sup>. Peraltro va escluso che

---

(323) In questi termini v. F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 13.

(324) Parte della dottrina ritiene invece che se la locuzione «prescrizioni imposte» si riferisce a quelle dettate dal comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit. «risulta difficile capire cosa intenda il legislatore riferendosi a comunicazioni che le eludono» sicché l'unico modo per dare significato all'espressione sarebbe quello di «interpretarla nel senso che le comunicazioni devono eludere non le “prescrizioni imposte”, ma lo scopo che si vuole raggiungere attraverso l'applicazione di tali prescrizioni». A. DELLA BELLA, *Nuovo delitto di “agevolazione” ai detenuti in “41-bis”*, cit., p. 471.

(325) A. DELLA BELLA, sub *art. 391-bis cod. pen.*, cit., p. 4034; EAD., *Nuovo delitto di “agevo-*

il legislatore con l'indicazione di un'unica categoria di soggetti abbia inteso riferirsi ad entrambi: se così fosse non si capirebbe il senso della distinzione operata in rubrica. Solo attribuendo ad essa un valore indicativo della *voluntas legis* si potrebbe superare quest'*impasse*, foriera peraltro di una lesione dei canoni di uguaglianza e ragionevolezza<sup>326</sup>.

Per quanto ancora involge l'elemento materiale del reato, si è in presenza di una fattispecie penale giuridicamente monosoggettiva ancorché dal punto di vista naturalistico sia richiesta la presenza di tre persone ovvero di due qualora l'agente e l'interlocutore del detenuto coincidano<sup>327</sup>. Peraltro, il soggetto *in vinculis*, in quanto *extraneus*, non è punibile se non nell'ipotesi di concorso materiale o morale (*ex art. 110 cod. pen.*) nel reato altrui<sup>328</sup>. Infine, per ciò che concerne l'*iter criminis*, il delitto *de quo* deve ritenersi consumato nel momento e nel luogo in cui la comunicazione viene a conoscenza del destinatario ferma l'integrazione del tentativo in caso contrario<sup>329</sup>.

Quanto all'elemento psicologico del reato, è richiesto il dolo generico ed, in particolare, è necessario per la configurazione del delitto che l'agente sia consapevole della sottoposizione del detenuto al regime speciale e del fatto che la comunicazione di cui si fa latore od agevolatore avvenga in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte<sup>330</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, se è vero che nella prassi i de-

*lazione* ai detenuti in "41-bis", cit., p. 471 e s.; S. GAMBACURTA, *op. cit.*, p. 373; G. MORGANTE, *op. cit.*, p. 303; F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 10 e s.

(326) Cfr. S. GAMBACURTA, *op. cit.*, p. 373.

(327) V. A. DELLA BELLA, sub *art. 391-bis cod. pen.*, cit., p. 4034; I. PALMA, *op. cit.*, p. 112; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 67; F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 17. Più precisamente, secondo le nozioni tipiche del diritto penale, la fattispecie di cui all'*art. 391-bis cod. pen.* è un cd. reato plurisoggettivo improprio in quanto uno soltanto degli agenti è punibile incombendo solo su di esso l'obbligo giuridico di non tenere il comportamento. Cfr. sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, p. 553.

(328) S. GAMBACURTA, *op. cit.*, p. 377; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 67; I. PALMA, *op. cit.*, p. 112; A. DELLA BELLA, sub *art. 391-bis cod. pen.*, cit., p. 4034.

(329) R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 67; A. DELLA BELLA, sub *art. 391-bis cod. pen.*, cit., p. 4036; EAD., *Nuovo delitto di "agevolazione" ai detenuti in "41-bis"*, cit., p. 471; I. PALMA, *op. cit.*, p. 113; G. MORGANTE, *op. cit.*, p. 304.

(330) Cfr. A. DELLA BELLA, *Nuovo delitto di "agevolazione" ai detenuti in "41-bis"*, cit., p. 469; I. PALMA, *op. cit.*, p. 113; S. GAMBACURTA, *op. cit.*, p. 373; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 67 i quali ritengono (condivisibilmente) non necessario che l'agente sia a conoscenza del contenuto della comunicazione. Nella medesima direzione A. DELLA BELLA, sub *art. 391-bis cod. pen.*, cit., p. 4036; I. PALMA, *op. cit.*, p. 113; D. MANZIONE, *op. cit.*, p. 587. *Contra* G. MORGANTE, *op. cit.*, p. 305.

creti ministeriali di applicazione del regime speciale si limitano a riprodurre quanto sancito dall'art. 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit.<sup>331</sup>, è altrettanto vero che la disciplina del “carcere duro” non si esaurisce nelle disposizioni di legge ma si compone anche di atti amministrativi interni di valore prescrittivo la cui conoscenza, di norma, è appannaggio esclusivo degli “addetti ai lavori”: di conseguenza, onde garantire il principio di certezza del diritto, deve ritenersi necessario ricorrere ad un'interpretazione restrittiva dell'inciso «prescrizioni all'uopo imposte» che faccia riferimento alla sola disciplina legale dettata dall'art. 41-*bis* ord. penit.<sup>332</sup>.

Se la fattispecie penale di cui all'art. 391-*bis* comma 1 cod. pen. è ascrivibile all'interno della categoria dei reati comuni in quanto ad essere incriminabile è «chiunque» tiene il comportamento sanzionato<sup>333</sup>, rientra, al contrario, nella categoria dei reati propri l'ipotesi circostanziata di cui al secondo comma ove si prevede la reclusione da due a cinque anni se a commettere il fatto è un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio ovvero un soggetto che esercita la professione forense<sup>334</sup>. Tale aggravante, che secondo parte della dottrina rappresenta il “fulcro” del delitto *de quo*<sup>335</sup>, si giustifica con «l'accresciuto disvalore penale di una condotta posta in essere da autori qualificati, tenuti al doveroso rispetto non solo delle leggi penali, ma anche delle regole comportamentali previste per la loro

---

(331) A. DELLA BELLA, sub art. 391-*bis* cod. pen., cit., p. 4035.

(332) A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 462. *Contra* R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 67; A. DELLA BELLA, sub art. 391-*bis* cod. pen., cit., p. 4035. Secondo F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 14 «nel corpo dell'art. 391-*bis* c.p. l'inciso “in violazione delle prescrizioni all'uopo imposte” può rappresentare un ostacolo alla corretta applicazione della norma. [...] Probabilmente sarebbe stato meglio strutturare la fattispecie in modo più “scarno”, limitandosi ad una formula più generica, individuando la condotta punibile nel più semplice “consentire di comunicare con altri”, eliminando la previsione delle regole del trattamento da eludere e la loro problematica indicazione».

(333) R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 67; A. DELLA BELLA, sub art. 391-*bis* cod. pen., cit., p. 4034

(334) Tra i soggetti qualificati cui si riferisce l'art. 391-*bis* comma 2 cod. pen. vanno annoverati i dipendenti dell'amministrazione penitenziaria, gli appartenenti al corpo di polizia penitenziaria nonché il cappellano del carcere ed ovviamente gli avvocati. Cfr. A. DELLA BELLA, sub art. 391-*bis* cod. pen., cit., p. 4037. Peraltro, secondo L. CESARIS, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Pavia, 2010, p. 21 «traspare una certa qual diffidenza nei confronti della classe forense, ritenuta a torto o a ragione connivente con i propri assistiti, tanto da prestarsi a essere strumento per comunicare con l'esterno».

(335) G. MORGANTE, *op. cit.*, p. 303 ritiene estremamente remota «l'eventualità che autore del reato sia un *quivis de populo* [...] trattandosi di condotta normalmente posta in essere dai soggetti che figurano nell'ipotesi circostanziale».

funzione»<sup>336</sup>.

Da ultimo resta da capire quali *chances* abbia l'art. 391-*bis* cod. pen. di presidiare efficacemente alla “tenuta stagna” del regime speciale attesa la naturale difficoltà a provare la commissione dei fatti ivi sanzionati<sup>337</sup>. A riprova di ciò, si noti che, per quanto è dato sapere, non si sono ancora registrate, dal 2009 ad oggi, incriminazioni riconducibili alla fattispecie penale *de qua*<sup>338</sup> nonostante permangano i tentativi di aggiramento del “carcere duro”<sup>339</sup>. Detto questo, si può prendere atto – e se ne farebbe volentieri a meno – di come, anche *in subiecta materia*, al *deficit* di repulsione socio-culturale avverso la delinquenza non resti che supplire mediante la minaccia di una pena, accentuando così quella condizione di “solitudine” che vive il diritto penale nel campo delle contropinte alle “tentazioni” criminogene<sup>340</sup>. E pensare che su questo fronte – quello penitenziario – si “gioca”

(336) In questi termini F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 19.

(337) Scrive F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 16 e s.: «il delitto di “agevolazione” difficilmente potrà rappresentare un'efficace deterrente per evitare le violazioni delle regole di trattamento. Infatti, relativamente ai soggetti attivi, con l'esclusione dei familiari e dei difensori, le cui occasioni di “contatto” con il detenuto, utili per ricevere un messaggio, sono specificamente scandite dall'art. 41-*bis* ord. penit. e dal decreto applicativo, i momenti di “incontro” per tutti gli altri possibili “intermediari” (gli agenti della polizia penitenziaria, gli operatori sociali, gli educatori, il personale sanitario, i sacerdoti) non possono essere sottoposti ad alcun tipo di controllo, non subendo limitazioni di carattere quantitativo e potendo avvenire in ogni momento».

(338) Si noti tuttavia che prima del 2009, anno di introduzione dell'art. 391-*bis* cod. pen., la giurisprudenza ebbe modo di prendere cognizione relativamente ad alcuni episodi di intermediazione tra detenuti sottoposti al regime speciale ed altri membri della consorteria criminale, qualificando i fatti nei termini del cd. concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso *ex artt.* 110 e 416-*bis* cod. pen. A titolo esemplificativo v. Cass., Sez. V, 12 febbraio 2003, Graviano e altri, n. 20072, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 21, p. 31 la quale ha, tra l'altro, condannato per il suddetto reato un avvocato che per conto dei fratelli Graviano, *leaders* dell'omonima famiglia mafiosa di Cosa nostra, «si industriava a tenere contatti tali da assicurare non solo la gestione e la redditività del cospicuo patrimonio della cosca, ma addirittura di far sì che l'attività illecita del sodalizio continuasse a mantenere e ad alimentare quel patrimonio, facendosi, all'uopo, latore di messaggi criptati provenienti dalle carceri». Si noti, peraltro la seguente circostanza: «che il contributo dell'avvocato fosse tutt'altro che marginale lo dimostra la circostanza che i Graviano erano soggetti al rigoroso regime dell'art. 41 *bis*, caratterizzato, come è noto, da particolari restrizioni, con evidenti difficoltà di comunicare con l'esterno in altro modo che non fosse il veicolo di trasmissione offerto dal legale, in occasione dei periodici colloqui in carcere (e ritenuto, ovviamente, più affidabile e sicuro di quanto non potesse essere il colloquio personale mensile con i familiari)».

(339) Per queste informazioni v. *Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, Relazione*, cit., p. 448.

(340) Sulla negletta legge criminologica in virtù della quale esiste un rapporto di proporzionalità inversa tra controlli socio-culturali e controlli penali v. F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1003 e ss. «In seguito allo smembramento del primario sistema di controlli socioculturali e, quindi, della ferma ed inequivoca disapprovazione sociale delle condotte antisociali, l'unico sistema di controllo del crimine – scrive F. MANTOVANI – resta il diritto penale, che da *extrema ratio* assurge ad *unica ratio*».

una buona fetta della partita contro la peggiore realtà criminale, quella mafiosa<sup>341</sup>.

### **15. Oltre il 41-bis. La partecipazione alle udienze in videoconferenza quale (ulteriore) misura preventiva**

Le speciali misure penitenziarie dettate dall'art. 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit. non completano la “gamma” dei rimedi di natura special-preventiva che l'ordinamento dispone a carico di coloro nei confronti dei quali è applicata la disciplina *extra ordinem*. Ad esse, secondo una logica di continuità rispetto agli obiettivi perseguiti dal “carcere duro”<sup>342</sup>, deve infatti aggiungersi quanto sancito dagli artt. 45-*bis* e 146-*bis* disp. att. c.p.p. secondo cui i detenuti sottoposti al regime differenziato partecipano ai procedimenti in camera di consiglio ed al dibattimento mediante il sistema della videoconferenza ivi regolato<sup>343</sup>.

La *ratio* di tale previsione va ricercata – come espressamente affermato dal legislatore – nell'esigenza di evitare che le frequenti traduzioni di questi soggetti, rese necessarie al fine di garantirne la presenza fisica alle udienze, «pregiudichino l'effettività dei provvedimenti di sospensione delle ordinarie regole di trattamento»<sup>344</sup>. Non si è mancato infatti di rilevare come, nei primi anni di appli-

---

(341) Dà ampiamente atto della caratteristica della mafia quale forma di criminalità più pericolosa F. MANTOVANI, *Mafia: la criminalità più pericolosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 9 e ss.

(342) In questo senso L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11. (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 55 nonché D. CURTIOTTI NAPPI, voce *Dibattimento a distanza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 1, Milano, 2008, p. 164. Tuttavia, al di là dell'indubbia funzione preventiva cui la disciplina della videoconferenza ottempera, non si disconosce come la limitazione del diritto all'autodifesa che la partecipazione a distanza comporta possa annoverarsi tra i contenuti afflittivi, seppur “accessori”, del regime detentivo speciale. Per questa considerazione v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, p. 312 e s.

(343) Tale strumento, come noto, non è impiegato soltanto con riferimento ai soggetti sottoposti al regime differenziato. Infatti, ai sensi dell'art. 146-*bis* comma 1 disp. att. c.p.p., quando si procede per taluno dei delitti indicati agli artt. 51 comma 3-*bis* e 407 comma 2 lettera a) n. 4 cod. proc. pen. nei confronti di persona che si trova, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in carcere, la partecipazione avviene a distanza là dove «sussistano gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico» o «il dibattimento sia di particolari complessità e la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento». Inoltre, a seguito dell'interpolazione al comma 1-*bis* operata dall'art. 2 comma 1 lett. b-*bis*) del D.L. 22 dicembre 2011 n. 211 come modificato dalla legge di conversione 17 febbraio 2012 n. 9, la partecipazione avviene a distanza, «ove possibile, quando si deve udire, in qualità di testimone, persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario, salvo [...] diversa motivata disposizione del giudice».

(344) Così *Camera dei Deputati. XIII Legislatura. Relazione* al disegno di legge recante «Disci-

cazione del 41-*bis*, molti detenuti ad esso sottoposti abbiano sfruttato il fenomeno del “turismo giudiziario” per aggirare le rigide limitazioni loro imposte e riallacciare rapporti con la *societas sceleris* di appartenenza, in evidente spregio delle finalità alle quali l'istituto di nuovo conio adempiva (ed adempie tutt'ora)<sup>345</sup>: di qui, l'introduzione, ad opera della legge 7 gennaio 1998 n. 11, del sistema della multi-conferenza<sup>346</sup>.

Originariamente, ai sensi del vecchio art. 146-*bis* comma 1 lett. c) disp. att. c.p.p., la partecipazione a distanza per i detenuti sottoposti al regime differenziato operava esclusivamente in relazione ai procedimenti aventi ad oggetto uno dei cd. reati distrettuali di cui all'art. 51 comma 3-*bis* cod. proc. pen., sicché la possibilità di ricorrere all'istituto in argomento era preclusa ogniquale volta l'imputazione fosse risultata estranea a tali *figurae criminis*. Detta statuizione normativa, fatta bersaglio di numerose critiche in dottrina<sup>347</sup>, è stata soppressa ad opera del D.L. 24 no-

---

*plina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario*», stampato n. 1845, p. 2, reperibile al sito [www.camera.it](http://www.camera.it).

(345) A tal proposito v. S. ARDITA, *Ricatto allo stato*, cit., p.46 ove si da atto che «il più grave *vulnus* alla legge sul regime speciale di detenzione era [...] rappresentato dalla necessità di celebrare i processi in corso. A causa di ciò i capi della mafia, che pure erano formalmente assegnati a Pianosa e all'Asinara, finivano per trascorrere lunghissimi periodi di tempo proprio nei territori della mafia, nelle carceri delle loro città e in mezzo ad altri esponenti del loro regno. E per di più passando lunghe giornate nelle aule di udienza dove avevano modo di parlare – fuori dalle occasioni previste dal regime – con altri detenuti, avvocati e famigliari. Se non addirittura di mandare messaggi agli affiliati anche attraverso improvvisate interviste». L'Autore, a titolo esemplificativo, riporta la circostanza che Salvatore Riina, nei quattro anni in cui è stato assegnato al carcere dell'Asinara, vi ha trascorso complessivamente solo 185 giorni, Leoluca Bagarella 157 giorni, Benedetto Santapaola 254 e Antonino Madonia 325. Sulle problematiche legate alla possibilità per i detenuti sottoposti al regime speciale di sfruttare il fenomeno del “turismo giudiziario” al fine di riallacciare rapporti con la *societas sceleris* di provenienza v. anche S. CIANCI, *La gestione penitenziaria della criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 672 nonché P. GIORDANO, *Carcere duro: aspettando la videoconferenza il 41-bis resta a rischio di «aggiramento»*, in *Guida dir.*, 1997, f. 15, p. 10 e s.

(346) Inizialmente, la disciplina della partecipazione a distanza aveva carattere temporaneo, essendo stabilito quale termine di efficacia della citata legge 11/98 il 31 dicembre 2000, successivamente prorogato, ad opera del D.L. 341/00, al 31 dicembre 2002. Con la legge 23 dicembre 2002 n. 279, in parallelo alla stabilizzazione del “carcere duro”, anche la videoconferenza è stata definitivamente “messa a regime”.

(347) In particolare si obiettava come, paradossalmente, tale previsione consentirebbe, in maniera irragionevole, agli imputati per reati diversi da quelli contenuti nell'art. 51 comma 3-*bis* cod. proc. pen. ma sottoposti al “carcere duro” di continuare a viaggiare per l'Italia in spregio alla *ratio* della partecipazione a distanza. In tal senso cfr. M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, p. 346 e s.; L. KALB, *op. cit.*, p. 57; F. PATRONE, *La partecipazione al procedimento penale a distanza. Un primo bilancio*,

vembre 2000 n. 341 (convertito in legge 19 gennaio 2001 n. 4) e sostituita dal nuovo comma 1-*bis* il quale, configurando un rapporto di implicazione materiale tra “carcere duro” e questo particolare aspetto del cd. processo telematico<sup>348</sup>, eleva l'applicazione della disciplina *extra ordinem* a condizione sufficiente per disporre l'intervento “via cavo” dei detenuti ad essa sottoposti, da cui ne discende che oggi costoro partecipano in collegamento audiovisivo a tutte le udienze dibattimentali o camerali<sup>349</sup>, a prescindere dalla natura della fattispecie criminosa per la quale si procede<sup>350</sup>.

Come si può notare, l'operatività della multiconferenza viene in questo caso a dipendere esclusivamente dall'adozione, da parte del Ministro della giustizia, del decreto di sospensione delle ordinarie regole trattamentali a prescindere dall'avvenuto controllo giurisdizionale, vale a dire di un provvedimento di natura amministrativa, circostanza questa che ha suscitato critiche tra gli interpreti per un presunto contrasto della disciplina *de qua* con il canone che vuole il giudice sottoposto soltanto alla legge<sup>351</sup>. A ben vedere, la questione ripropone il problema di stabilire se e quanto un atto posto in essere da un rappresentante dell'esecutivo possa incidere *in peius* su posizioni giuridiche di indubbia valenza costituzionale quali la libertà personale (in caso di applicazione del 41-*bis*), il diritto di difesa, il

---

*problemi applicativi, possibili soluzioni*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei procedimenti di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 178. *Contra* F. ALESSANDRONI, *Videoconferenze giudiziarie: la partecipazione al procedimento penale a distanza e l'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia*, in *Studium iuris*, 1998, p. 346, nt. 6 il quale definiva «aberrante» la soluzione contraria (ed oggi accolta) in quanto si sarebbe dovuta disporre la videoconferenza anche nei confronti dell'imputato accusato di guida senza patente.

(348) Sul rapporto di implicazione materiale v. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, p. 31.

(349) Infatti, il rinvio operata dall'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p. al comma 1-*bis* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. fa sì che, per qualunque categoria di addebito, ogni udienza tenuta in camera di consiglio alla quale il detenuto sottoposto al “carcere duro” avrebbe diritto di partecipare si svolga secondo le forme della videoconferenza. L. SCOMPARIN, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, in M. BARGIS (a cura di), *Il decreto “antiscarcerazioni”*, Torino, 2001, p. 146 e s.

(350) L. SCOMPARIN, *op. cit.*, p. 142; G. P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p. 227; D. CURTOTTI NAPPI, *op. cit.*, p. 165, nt. 17.

(351) In tal senso G. P. VOENA, *op. cit.*, p. 227. V. inoltre L. KALB, *op. cit.*, p. 58; F. RUSSO, *Accusatori invisibili e... giudici anche*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei procedimenti di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 188. *Contra* M. CASSANO, *op. cit.*, p. 346 il quale obietta che l'adozione del “carcere duro” rappresenta un atto vincolato all'accertamento dei presupposti stabiliti dalla legge nonché suscettibile di costituire oggetto di reclamo dinanzi alla magistratura di sorveglianza.

principio del contraddittorio (nell'ipotesi di partecipazione a distanza).

In virtù di quanto sancito dall'art. 146-*bis* comma 2 disp. att. c.p.p. l'impiego della videoconferenza è disposto, anche d'ufficio, dal presidente del tribunale o della corte di assise con decreto motivato emesso nella fase degli atti preliminari, ovvero dal giudice con ordinanza nel corso del dibattimento<sup>352</sup>; detto decreto è comunicato alle parti e ai difensori almeno dieci giorni prima dell'udienza. Come si è condivisibilmente osservato in dottrina, salva la potestà sollecitatoria concessa alle parti, l'adozione del provvedimento di cui trattasi avviene in via officiosa ed agli organi competenti non è riconosciuto alcun margine di discrezionalità in merito, essendo l'atto in discorso da ritenersi doveroso<sup>353</sup>. Peraltro, atteso il binomio 41-*bis* e videoconferenza sopra evocato, è agevole arguire come la decisione in ordine alla partecipazione a distanza del detenuto nei cui confronti è applicata la disciplina *extra ordinem* risulti frutto di un mero automatismo<sup>354</sup>, di talché l'onere motivazionale a carico delle suddette autorità si riduce ad un semplice accertamento circa l'attuale sottoposizione dell'interessato al regime speciale<sup>355</sup>, requisito sufficiente per disporre l'intervento in forma telematica ai sensi del citato art. 146-*bis* comma 1-*bis* disp. att. c.p.p. Questa considerazione permette, inoltre, di scongiurare quelle criticità derivanti dalla mancata previsione di alcuna forma di contraddittorio sul punto<sup>356</sup>, al contrario avvertibili in relazione alle altre ipotesi per le quali risulta ammessa l'applicazione dell'istituto *de quo*. Cionondimeno, nella remota eventualità che il provvedimento sia stato adottato al di fuori dei casi previsti dalla legge, l'imputato può eccepire la nullità dello stesso da intendersi quale

---

(352) Per quanto concerne, invece, la partecipazione a distanza alla udienze camerali, l'art. 45-*bis* comma 2 disp. att. c.p.p. statuisce che essa «è disposta dal giudice con ordinanza o dal presidente del collegio con decreto motivato, che sono comunicati o notificati unitamente all'avviso di cui all'articolo 127, comma 1, del codice».

(353) Per questa considerazione D. MANZIONE, E. MARZADURI, sub *artt. 1 e 2 legge 7 gennaio 1998 n. 11*, in *L. p.*, 1999, p. 872.

(354) Cfr. M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41 bis ord. pen.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 163 nonché D. MANZIONE, E. MARZADURI, *op. cit.*, p. 870 il quale evidenzia come, tra le condizioni di applicazione dell'istituto, quella in esame sia la più "obiettiva".

(355) V., in senso critico, F. RUSSO, *op. cit.*, p. 188.

(356) Secondo F. ALESSANDRONI, *op. cit.*, p. 347 stupisce la scelta «di escludere il previo contraddittorio delle parti sul provvedimento che dispone la partecipazione a distanza, idonea a comprimere le garanzie fondamentali». V. anche D. CURTOTTI NAPPI, *op. cit.*, p. 172.

nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 178 comma 1 lett. c) e 180 cod. proc. pen.<sup>357</sup>.

Lo strumento della videoconferenza si sostanzia in un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e l'istituto di detenzione tale da assicurare «la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto»; se il provvedimento è adottato nei confronti di più coimputati detenuti, a qualsiasi titolo, in siti differenti, ciascuno dev'essere altresì posto in grado, secondo le medesime modalità, di vedere ed udire gli altri<sup>358</sup>.

La postazione remota da cui l'interessato partecipa a distanza all'udienza è individuata dalla Direzione generale dei detenuti e del trattamento, la quale può eventualmente disporre che il soggetto *in vinculis* sia, a tal fine, tradotto presso altro istituto penitenziario<sup>359</sup>. In ogni caso, all'atto dell'uscita dalla sezione detentiva per recarsi nella “saletta” della videoconferenza nonché al rientro dalla stessa, egli viene sottoposto a perquisizione che (di regola) è eseguita manualmente e con l'utilizzo di *metal-detector*<sup>360</sup>.

Secondo quanto si evince dall'art. 146-*bis* comma 4 disp. att. c.p.p., l'imputato ha la facoltà di nominare due legali, dei quali uno collocato nell'aula di udienza e l'altro presso il sito remoto; nondimeno, nell'ipotesi inversa in cui la difesa

---

(357) Sul punto v. D. MANZIONE, E. MARZADURI, *op. cit.*, p. 874; F. ALESSANDRONI, *op. cit.*, p. 348.

(358) Se inizialmente per il collegamento audiovisivo ci si era avvalsi della rete telefonica ISDN, oggi, dati i limiti intrinseci di quest'ultima, si è optato a favore dell'impiego delle reti IP tanto per la realizzazione della multiconferenza quanto per il collegamento fonico riservato. In alcune sale di udienza viene utilizzata la moderna tecnologia della “telepresenza”. V. per queste indicazioni G. P. VOENA, *op. cit.*, p. 225.

(359) La stessa Direzione generale detenuti e trattamento può prevedere, in via del tutto eccezionale, che più detenuti (massimo due) partecipino alla videoconferenza nella medesima saletta.

(360) La Cassazione ha ritenuto che l'ordinaria perquisizione personale del detenuto in regime speciale *ex art. 41-bis* ord. penit. sia congrua alle finalità di sicurezza richieste in occasione del suo accesso alla sala per le videoconferenze. In questa direzione v. Cass., Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, *cit.* Inoltre, sempre secondo la Suprema Corte, «non costituisce legittimo impedimento a comparire all'udienza il rifiuto dell'imputato detenuto di sottoporsi, prima dell'ingresso nell'aula delle videoconferenze, a perquisizione (nella specie mediante denudamento), se la perquisizione è legittimamente disposta, equivalendo il suo diniego di consentire agli adempimenti previsti dalla legge (nella specie perquisizione in vista della traduzione) a comportamento inequivocabilmente indicativo della volontà di non presenziare all'udienza». Così, per tutte, Cass., Sez. I, 24 settembre 2014, n. 10076, Attanasio, *cit.*

competa ad un unico patrocinante, si assicura a costui il «diritto incondizionato»<sup>361</sup> di scegliere il sito ove presenziare<sup>362</sup>. In ambo i casi, è comunque garantita al detenuto e all'avvocato situato in udienza la possibilità di «consultarsi riservatamente»<sup>363</sup>, per mezzo di strumenti tecnici idonei<sup>364</sup>.

Presso la “saletta” dalla quale l'imputato partecipa a distanza è sempre presente «un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza» – designato dal giudice stesso ovvero, in caso di urgenza, dal presidente – a cui compete non solo di attestare l'identità del soggetto *in vinculis* ma altresì di dare atto della mancanza di impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti, dell'osservanza delle disposizioni relative alle modalità del collegamento ed alla riservatezza delle comunicazioni tra il legale ed il detenuto nonché, se si procede all'esame di costui, delle cautele adottate per assicurarne la regolarità, con specifico riferimento al luogo ove si trova. Peraltro, il medesimo sesto comma aggiunge che, durante il tempo del dibattimento in cui non si procede ad esame dell'imputato, il presidente, in vece del suddetto ausiliario, può designare ad essere presente nel sito telematico un ufficiale di polizia giudiziaria scelto tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione (o di protezione) con riguardo al detenuto o ai fatti a lui riferiti. «Delle operazioni svolte l'ausiliario o l'ufficiale di polizia giudiziaria redigono verbale a norma dell'articolo 136 del codice».

Il quinto comma dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., decretando l'equiparazione del luogo dal quale l'imputato si collega in audiovisione all'aula di udienza, reca una *fictio iuris* carica di importanti effetti sul piano normativo giacché vengono estese alla postazione remota, in quanto compatibili con la specificità dei vi-

---

(361) Così *Camera dei Deputati. XIII Legislatura. Relazione*, cit., p. 6.

(362) D. MANZIONE, E. MARZADURI, *op. cit.*, p. 876; M. BARGIS, *op. cit.*, p. 163 e s.; D. CURTOTTI NAPPI, *op. cit.*, p. 173.

(363) Quanto alla riservatezza delle comunicazioni tra avvocato ed imputato v. Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2007, n. 58295/00, *Zagaria c. Italia* secondo cui «costituisce parte del diritto di difesa la possibilità per l'imputato di colloquiare liberamente con il proprio difensore, senza timore che le conversazioni possano essere oggetto di captazione da parte di terzi». Nella medesima direzione Corte eur. dir. uomo, 16 ottobre 2001, n. 39846/98, *Brennan c. Regno Unito*.

(364) Sebbene la disposizione non lo dica esplicitamente, la dottrina ritiene, in via esegetica, che possano consultarsi riservatamente anche i due difensori eventualmente nominati dall'imputato. In tal senso cfr. F. ALESSANDRONI, *op. cit.*, p. 348, nt. 11; M. BARGIS, *op. cit.*, p. 167; G. P. VOENA, *op. cit.*, p. 231.

deoprocessi, le disposizioni che regolano l'udienza. Spetta quindi al presidente del collegio il potere di dirigere il dibattimento, ivi compreso quello di decidere, senza formalità, sulle questioni concernenti la qualità del collegamento, l'inquadratura, la collocazione dei *monitors*, ecc.<sup>365</sup>.

Conclusivamente, l'art. 146-*bis* comma 7 disp. att. c.p.p. prevede che qualora, nel corso del dibattimento, occorra procedere a confronto o ricognizione del detenuto o ad altro atto che implica l'osservazione della sua persona, il giudice, ove lo ritenga indispensabile, sentite le parti, ne dispone la presenza fisica nell'aula dell'udienza per il tempo necessario al compimento dell'atto<sup>366</sup>. La Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato ha invitato a garantire ai soggetti sottoposti al "carcere duro" la partecipazione diretta ai processi in cui sono imputati, «quantomeno nei casi in cui debbono essere escussi, ricorrendo a misure di sicurezza adeguate all'effettuazione di trasferimenti sicuri»<sup>367</sup>.

Analizzata, seppur succintamente, la disciplina della multiconferenza, non ci si può a questo punto esimere dall'osservare come la stessa abbia suscitato seri dubbi di legittimità costituzionale. Sebbene, infatti, il legislatore consideri osservato il principio della presenza dell'imputato all'udienza ogniqualvolta costui «sia comunque posto nelle condizioni, attraverso un idoneo collegamento audiovisivo, di poter esercitare in modo pieno e completo tutta la gamma dei diritti e delle facoltà difensive riconosciutegli»<sup>368</sup>, la dottrina ha posto in evidenza come la partecipazione via cavo sia suscettibile di indebolire il contraddittorio e di comprimere il diritto di difesa del soggetto<sup>369</sup>. Invero, anche nella fisiologica ipotesi che gli

---

(365) Sul punto v. M. BARGIS, *op. cit.*, p. 164; L. KALB, *op. cit.*, p. 80 e ss.; G. P. VOENA, *op. cit.*, p. 229.

(366) V., per tutti, L. KALB, *op. cit.*, p. 98 e ss.

(367) Così *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto, cit., p. 68.

(368) Così *Camera dei Deputati. XIII Legislatura. Relazione*, cit., p. 4 ove, peraltro, si specifica che la «la partecipazione al processo dell'imputato va intesa in termini sostanziali, nel senso che vi è partecipazione quando vi è possibilità concreta di esercitare i diritti difensivi nel contraddittorio con l'accusa».

(369) In questa direzione v., tra gli altri, L. FILIPPI, *op. cit.*, p. 9 e s.; L. SCOMPARIN, *op. cit.*, p. 153 e ss; M. BARGIS, *op. cit.*, p. 167 e ss; D. CURTOTTI NAPPI, *op. cit.*, p. 174; C. PASSANISI, *L'affievolimento delle garanzie difensive nell'uso del mezzo telematico*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei procedimenti di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p.

strumenti telematici funzionino alla perfezione, s'è sottolineato come la dimensione spaziale del contesto processuale venga "alterata" mancando «il *pathos* che naturalmente permea un ambiente in cui sono compresenti le parti contrapposte dinanzi al giudice»<sup>370</sup>. Perciò, se in punto di diritto la postazione remota viene equiparata all'aula di udienza, non altrettanto può dirsi in punto di fatto<sup>371</sup> giacché l'imputato che partecipa a distanza «non è libero di concentrarsi sull'uno o sull'altro aspetto della scena né di percepire realmente tutto ciò che accade» e per questo si trova in una posizione differente e peggiore rispetto a colui che invece presenza fisicamente al procedimento<sup>372</sup>.

Inoltre, l'istituto *de quo* incide non solo sul versante dell'autodifesa bensì anche su quello della difesa tecnica e ciò tanto nel caso in cui l'avvocato scelga di affiancare il proprio assistito là dove costui è situato, quanto nell'ipotesi inversa in cui decida di essere presente nell'aula di udienza. Nel primo caso, si assisterebbe ad una penalizzazione in termini di incisività ed efficacia dell'esercizio dell'incarico difensivo; nel secondo, invece, vi sarebbero ripercussioni negative sui contatti tra il patrocinante e l'imputato<sup>373</sup>, alle quali dovrebbe aggiungersi il rischio o, quantomeno, il timore circa l'effettiva riservatezza delle comunicazioni tra questi due soggetti<sup>374</sup>.

Nonostante simili problematiche, alla disciplina dei videoprocessi è stata riconosciuta la "patente" di legittimità sia costituzionale che convenzionale. Secondo la Consulta, l'assunto prospettato dai giudici *a quibus*<sup>375</sup> tale per cui difesa e

---

193; F. RUSSO, *op. cit.*, p. 189 e ss.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 176 e s. Con specifico riferimento alla partecipazione a distanza da parte dei detenuti sottoposti al "carcere duro" v. F. ALESSANDRONI, *op. cit.*, p. 347.

(370) C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 81.

(371) D'altronde, come efficacemente evidenziato in dottrina, il comma 5 dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p., là dove afferma che l'aula virtuale è equiparata all'aula di udienza, sostanzialmente ci dice che il processo in videoconferenza è diverso da quello ordinario poiché «si può equiparare solo ciò che è diverso, non avendo senso equiparare ciò che è uguale». Così C. PASSANISI, *op. cit.*, p. 196.

(372) Così G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 417. V., nella stessa direzione, G. P. VOENA, *op. cit.*, p. 225; D. CURTOTTI NAPPI, *op. cit.*, p. 165 e s.

(373) C. CONTI, *op. cit.*, p. 81 e s.

(374) Manifestano perplessità circa la concreta ed effettiva possibilità per il difensore ed il suo assistito di consultarsi riservatamente F. ALESSANDRONI, *op. cit.*, p. 349; M. BARGIS, *op. cit.*, p. 167.

(375) Ci si riferisce a Corte d'assise Catania, ord. 14 aprile 1998, Alleruzzo e altri, in *www.gaz-*

presenza fisica rappresenterebbero i termini di un inscindibile binomio che, solo, varrebbe ad assegnare concretezza all'elemento partecipativo ed effettività al diritto di difesa non è fondato in quanto «ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare quella partecipazione»<sup>376</sup>. In questa direzione, la Corte afferma che la normativa *de qua* offre «un quadro di presidi [...] di incisività e completezza tali da [renderla] aderente al principio sancito dall'art. 24, secondo comma, della Carta fondamentale, non potendosi certo in tale prospettiva evocare il superamento della tradizione – per di più nella specie dovuto alle innovazioni introdotte dalla evoluzione tecnologica – quale elemento in sé idoneo a perturbare equilibri e dinamiche processuali che, al contrario, rimangono nella sostanza inalterati»<sup>377</sup>. Infine, privo di fondamento sarebbe anche il prospettato *vulnus* agli artt. 3 e 27 comma 2 Cost. da parte della disciplina in argomento là dove prevede che la partecipazione a distanza possa dipendere dalla *status* di sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. poiché tale statuizione normativa è, secondo il Giudice delle leggi, adeguatamente giustificata e inidonea a pregiudicare la presunzione di non colpevolezza<sup>378</sup>.

Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, premettendo che ogni eventuale restrizione al diritto di difesa «*doit être absolument nécessaire*» e che la lotta alla mafia può, in taluni casi, richiedere l'adozione di misure tese a proteggere, prima di tutto, la sicurezza e l'ordine pubblico nonché a prevenire la perpetrazione di altre infrazioni penali, ha negato che l'impiego del sistema della multi-

---

*zettaufficiale.it*; Corte d'assise Napoli, ord. 2 giugno 1998, Mariano e altri, in *www.gazzettaufficiale.it*; Trib. Napoli, ord. 13 novembre 1998, D'Alessandro, in *www.gazzettaufficiale.it*.

(376) Per queste osservazioni v. Corte cost., sent. 22 luglio 1999, n. 342, in *www.giurcost.org*.

(377) Così Corte cost., sent. 22 luglio 1999, n. 342, *cit.* Se la conclusione alla quale giunge la Corte – vale a dire la legittimità costituzionale della multiconferenza – può ritenersi condivisibile per le ragioni che si diranno subito appresso, qualche dubbio resta invece sulla parte motiva della sentenza giacché la Consulta sembra ritenere infondata la questione sottoposta al suo vaglio sulla base del non condivisibile assunto secondo cui la disciplina dei videoprocessi non reca alcun *vulnus* al diritto di difesa. Per queste puntuali osservazioni v. C. CONTI, *op. cit.*, p. 79; R. A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di «durata ragionevole» del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 832.

(378) Ancora Corte cost., sent. 22 luglio 1999, n. 342, *cit.*

conferenza possa determinare l'asserita violazione dell'art. 6 CEDU<sup>379</sup>. Invero, ferma restando la necessità di verificare, caso per caso, se le concrete modalità di svolgimento del videoprocesso rispettino i diritti di difesa, si è osservato come tale istituto persegua «*des buts légitimes à l'égard de la Convention*» quali «*la défense de l'ordre public, la prévention du crime, la protection des droits à la vie, à la liberté et à la sûreté des témoins et des victimes des infractions, ainsi que le respect de l'exigence du «délai raisonnable» de durée des procédures judiciaires*»<sup>380</sup>.

Il punto sembra essere proprio questo. Se da un lato pare corretto sostenere che il processo telematico sia «ontologicamente diverso da quello ordinario»<sup>381</sup> e che la partecipazione a distanza sia una partecipazione di “serie B”, tale da recare un'inevitabile *capitis deminutio* ai danni dell'imputato<sup>382</sup>, dall'altro non può discostarsi che (anche) il diritto di difesa, alla medesima stregua di altri diritti garantiti dalla Carta fondamentale, sia passibile di costituire oggetto di un bilanciamento di interessi a fronte di esigenze e valori di pari o prevalente dignità costituzionale<sup>383</sup>, sempre che non ne risulti compromessa l'effettività, costituente il limite invalicabile ad operazioni del genere considerato<sup>384</sup>. Se così è, il quesito in ordine alla legittimità dei videoprocessi, con specifico riferimento ai detenuti sottoposti al regime speciale, finisce per dipendere da un giudizio circa la ragionevolezza dello strumento rispetto ai fini che esso si prefigge di perseguire<sup>385</sup>, ponderando, in particolar modo, diritto di difesa e istanze securitarie, onde valutare se alla com-

---

(379) Corte eur. dir. uomo, 5 ottobre 2006, n. 45106/04, Marcello Viola c. Italia.

(380) In questi termini Corte eur. dir. uomo, 5 ottobre 2006, n. 45106/04, Marcello Viola c. Italia, *cit.* Nella stessa direzione Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2007, n. 35795/02, Ascianto c. Italia.

(381) Così R. A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 834.

(382) D. CURTOTTI NAPPI, *op. cit.*, p. 174; C. CONTI, *op. cit.*, p. 83.

(383) In giurisprudenza costituzionale cfr., tra le altre, Corte cost., sent. 19 febbraio 1965, n. 5, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 22 marzo 1971, n. 55, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 6 maggio 1976, n. 110, in *www.giurcost.org*. Più recentemente v. Corte cost., sent. 27 ottobre 2006, n. 341, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173, in *www.giurcost.org* nonché, per la specifica attinenza alla materia del “carcere duro”, Corte cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, *cit.* In dottrina v., per tutti, M. SCAPARONE, sub *art. 24 comma 2 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1981, p. 84 e ss.

(384) In tal senso Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, in *www.giurcost.org*.

(385) Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 407, in *www.giurcost.org*.

pressione del primo corrisponda un incremento di tutela delle seconde e se ciò resti confinato entro limiti accettabili in uno stato democratico. A parere di chi scrive, è ragionevole asserire che questo avvenga poiché, tenuto conto dell'*id quod plerumque accidit* e dei varchi che verosimilmente potrebbero aprirsi tra le maglie del “carcere duro” qualora venisse meno l'istituto della partecipazione a distanza, lo strumento in esame appare idoneo ad adempiere alle finalità di prevenzione demandategli dal legislatore – ciò, si noti, a differenza di quanto s'è detto circa le limitazioni ai colloqui *face to face* tra avvocato e detenuto – senza intaccare quel nucleo minimo di diritti difensivi che dev'essere sempre ed inderogabilmente garantito<sup>386</sup>. A ben vedere, si tratta, ancora una volta, dell'eterna “partita” tra istanze securitarie e tutela delle garanzie costituzionali riconosciute al singolo individuo.

---

(386) A tal fine si rivela imprescindibile raggiungere un'elevata qualità tecnica del collegamento, garantire la riservatezza delle comunicazioni tra il detenuto ed il legale, assicurare il diritto degli imputati meno abbienti ad essere effettivamente difesi. In tal senso M. BARGIS, *op. cit.*, p. 168 e s.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 179.



## *Capitolo VI*

### **IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SUL REGIME DETENTIVO SPECIALE**

#### **1. *Premessa. Genesi e palingenesi del controllo giurisdizionale sul “carcere duro”***

Il tema della tutela giurisdizionale avverso l'applicazione o la proroga del regime detentivo speciale riveste, com'è agevole arguire, un'importanza fondamentale e costituisce indubbiamente uno degli aspetti della disciplina del “carcere duro” più dibattuti e controversi, nonché quello che negli anni è stato maggiormente inciso dagli interventi del legislatore. L’“epopea” normativa che il reclamo contro il 41-*bis* ha conosciuto può essere, a fini espositivi, suddivisa in non meno di cinque fasi che ci si accinge, qui di seguito, a segnalare brevemente.

Il primo stadio coincide, quasi per assurdo, con l'originaria mancata previsione di alcuna forma di controllo giurisdizionale sui provvedimenti ministeriali. Infatti, il testo normativo scaturito dalla legislazione d'emergenza del 1992 si presentava vacuo di indicazioni in merito e tradiva, pertanto, «l'intenzione di esautorare la magistratura di sorveglianza dal settore della differenziazione dei detenuti appartenenti all'area della criminalità organizzata»<sup>1</sup>. Ed in effetti, la delega in

---

(1) Così F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza: organizzazione, competenze, procedure*, Torino, 1994, p. 20. Cfr. anche R. MERANI, *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari: a) la sicurezza accentuata*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 290 il quale sottolinea come la totale carenza di un meccanismo di controllo giurisdizionale sul “carcere duro” riproducesse i medesimi problemi posti dal vecchio regime disciplinato dell'abrogato art. 90 ord. penit. Nella stessa direzione v. ampiamente N. DE RIENZO, *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 118 e ss. ove, tra l'altro, si evidenzia che «una così significativa pretermissione confligge apertamente con la necessità di corredare i regimi particolarmente afflittivi [...] di garanzie ancora più accentuate, onde evitare lo sconfinamento nell'illegalità di tali misure restrittive. Dove la sicurezza è massima, massima deve essere anche la legalità».

bianco che il vecchio art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. riconosceva alla discrezionalità con cui l'esecutivo dava concreta attuazione alle strategie di politica criminale aveva indotto la giurisprudenza ad affermare la inoppugnabilità del “carcere duro”<sup>2</sup>. Tale situazione non poteva che suscitare aspre critiche in dottrina poiché «un'amministrazione che, nelle scelte che opera sui diritti primari e riconosciuti dalla legge ai suoi utenti, è sottratta o si sottrae al controllo giurisdizionale, mal si inquadra nello Stato democratico di diritto»<sup>3</sup>.

La seconda fase vede, invece, protagonista in positivo la Corte costituzionale che, colmando il suddetto vuoto di tutela, ha riconosciuto – mediante l'utilizzo dell'importante “strumento” rappresentato dalla sentenza interpretativa di rigetto<sup>4</sup> – la certa sindacabilità dei decreti ministeriali *ex art. 41-bis* comma 2 ord. penit. da parte del giudice ordinario, il quale, in caso di reclamo, avrebbe esercitato su di essi il medesimo controllo giurisdizionale che l'ordinamento gli attribuisce in via generale sull'operato dell'amministrazione penitenziaria e sui provvedimenti comunque concernenti l'esecuzione delle pene<sup>5</sup>. Inoltre, in virtù del rilievo secondo cui il “carcere duro” e il (differente) regime di sorveglianza particolare disciplinato dagli artt. 14-*bis* e ss. ord. penit. vengono in concreto ad assumere «un

---

(2) Cfr. Cass., Sez. I, 19 marzo 1993, Donatiello e altro, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1359 secondo cui «il provvedimento con il quale il Ministro di grazia e giustizia dispone, ai sensi dell'art. 41-*bis*, la sospensione, nei confronti del detenuto, dell'applicazione delle regole di trattamento penitenziario, è inoppugnabile. Il decreto in questione è un atto di natura eminentemente amministrativa, volto a garantire l'ordinato e tranquillo svolgersi della convivenza civile fuori dall'istituto, che può essere messa in pericolo anche da soggetti detenuti, a causa dei collegamenti che essi sono in grado di mantenere con l'esterno; e che, proprio per tale ragione è inammissibile la prospettazione di questioni di legittimità costituzionale». Nella medesima direzione v. Cass., Sez. I, 19 marzo 1993, Scupola, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1358 nonché Cass., Sez. I, 28 settembre 1993, Morano, in *Cass. pen.*, 1995, p. 176 secondo cui «la sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento previste dall'ordinamento penitenziario a norma dell'art. 41-*bis* ord. penit. non è assimilabile ad un provvedimento di sottoposizione al regime della sorveglianza particolare e, conseguentemente, non sottostà ai reclami ed impugnazioni previsti dall'art. 14-*ter* ord. penit.».

(3) Così R. MERANI, *op. cit.*, p. 292. V. anche le considerazioni di F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della “questione penitenziaria”)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1167: «i regimi differenziati *in peius* devono essere minuziosamente disciplinati dal legislatore, ed è irrinunciabile un controllo, che non sia di mera facciata, da parte della magistratura di sorveglianza, perché se è vero che l'internamento in una struttura carceraria o paracarceraria (si pensi ai CIE) implica non solo il sacrificio della libertà personale, ma, pressoché inevitabilmente, la violazione di altri diritti, ciò è tanto più vero quando viene attuata una detenzione che dichiaratamente miniaturizza, quando non lo sacrifica *in toto*, l'ideale rieducativo».

(4) Sul punto v., per tutti, F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975*, cit., p. 1171.

(5) In questo senso Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

contenuto largamente coincidente»<sup>6</sup>, la Consulta ha affermato che «in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41 *bis* deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14 *ter* dell'ordinamento penitenziario»<sup>7</sup>. Sconfessando quindi la tesi, propugnata da una parte della dottrina<sup>8</sup>, secondo cui il vaglio in ordine al decreto ministeriale di sospensione delle ordinarie regole trattamentali sarebbe spettato al giudice amministrativo<sup>9</sup>, la Corte costituzionale ha individuato nel tribunale di sorveglianza (e quindi nel giudice ordinario) l'organo competente

---

(6) Sul punto v. in dottrina A. FERRARO, *Decreto ministeriale ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. e controllo giurisdizionale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1298; T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 189.

(7) Così Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410, in *www.giurcost.org*. In dottrina, v. per questa soluzione v. R. MERANI, *op. cit.*, p. 290 e s. secondo cui «pare giustificato ritenere che il provvedimento di attivazione del regime individuale di massima sicurezza ex art. 41 *bis* c. 2 ord. pen., sia sottoponibile a controllo giurisdizionale ai sensi dell'art. 14 *ter* ord. pen. né più né meno che se fosse imposto con la procedura dell'art. 14 *bis* ord. pen.». Nella stessa direzione N. DE RIENZO, *op.cit.*, p. 124 e ss.

(8) In questo senso cfr. B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992 n. 203, e 8 giugno 1992 n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 356*, in P. CORSO, G. INSOLERA, L. STORTONI (a cura di), *Mafta e criminalità organizzata*, vol. II, Torino, 1995, p. 798 secondo cui, data la natura «squisitamente amministrativa» del provvedimento ministeriale, era difficile ipotizzare una forma di tutela diversa da un eventuale ricorso al T.A.R. Nella stessa direzione M. PAVARINI, *Il trattamento dei detenuti differenziati ai sensi dell'art. 41-bis in relazione al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art. 14-bis della legge 26.7.75 n. 354 modificato dalla legge 7.8.92 n. 356*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 750 nonché A. MARTINI, *Commento all'art. 19 D.L. 8/6/1992*, in *L. p.*, 1993, p. 215 a parere del quale, vantando il soggetto *in vinculis* un interesse legittimo al rispetto, da parte della pubblica amministrazione, dei principi normativi fissati in materia, unico rimedio giurisdizionale avverso il decreto ministeriale non poteva che essere il ricorso al giudice amministrativo, salvo il ricorso al giudice ordinario nel caso in cui il provvedimento fosse venuto ad assumere contenuti lesivi del principio di umanità della pena. Veniva inoltre ipotizzata dal medesimo Autore la possibilità di ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo. *Contra* N. DE RIENZO, *op.cit.*, p. 122 e ss. il quale qualifica in termini di diritti soggettivi perfetti, mai degradabili ad interessi legittimi, le posizioni giuridiche in ordine alle quali operano i provvedimenti incidenti sulla libertà personale dei detenuti. Nella medesima direzione F. GIUNTA, *Art. 1 l. 16.2.1995 n. 36*, in *L. p.*, 1996, p. 50.

(9) V. tuttavia T.A.R. Lazio, sez. I, 27 aprile 1993, n. 647, Marchese c. Min. giust., in *T.A.R.*, 1993, f. 1, p. 1607 secondo cui «esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia inerente all'applicazione del regime carcerario differenziato previsto dall'art. 41 *bis* l. 26 luglio 1975 n. 354». Nella medesima direzione T.A.R. Emilia-Romagna Parma, 16/11/1998, n. 592, M.P. e altro c. Min. giust. e altro, in *T.A.R.*, 1999, f. 1, p. 201 ove si statuisce che «rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la disposizione concernente l'applicazione del regime carcerario derogatorio previsto dall'art. 41 *bis* l. 26 luglio 1975 n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario) nei confronti di detenuti per reati di criminalità organizzata».

a sindacare l'applicazione del regime speciale<sup>10</sup>.

Il terzo stadio vede il primo (embrionale) riconoscimento normativo al controllo giurisdizionale sul “carcere duro”. Invero, con la legge 7 gennaio 1998 n. 11 era stato introdotto, nel *corpus* del vecchio art. 41-*bis* ord. penit., il comma 2-*bis* a mente del quale sui reclami avverso i provvedimenti ministeriali era competente a decidere il tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto cui il condannato, l'internato o l'imputato era assegnato; tale competenza – per espressa previsione – restava ferma anche nel caso di trasferimento disposto per uno dei motivi indicati nell'articolo 42.

Il quarto passaggio converge con la palingenesi dell'istituto tracciata dalla riforma del 2002. È infatti con la legge 23 dicembre 2002 n. 279 che il legislatore, recependo *in toto* gli insegnamenti della Consulta, ha compiutamente regolato un autonomo sistema di impugnazione avverso il decreto di applicazione o di proroga del “carcere duro”, definendo in modo specifico i compiti dell'organo giudiziario nonché la procedura e i limiti del controllo giurisdizionale<sup>11</sup> il quale è stato, pertanto, affrancato dalla scarna disciplina prevista dall'art. 14-*ter* ord. penit. e modellato sulle forme del più garantito procedimento di sorveglianza di cui agli artt. 666 e 678 cod. proc. pen.<sup>12</sup>. All'omonimo tribunale la novella in questione ha poi

---

(10) S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 8 ritine che la scelta operata dalla Corte di riconoscere ed estendere, anche in materia di “carcere duro”, la competenza della magistratura di sorveglianza sia la più ragionevole tra quelle adottabili dal Giudice delle leggi. Peraltro, a seguito dei succitati interventi della Consulta, anche la Corte di cassazione ha ammesso la reclamabilità del decreto ministeriale dinanzi al tribunale di sorveglianza, a norma dell'art. 14-*ter* ord. penit. In questo senso cfr. *Cass.*, Sez. I, 14 gennaio 1994, Capogreco, in *Cass. pen.*, 1995, p. 708; *Cass.*, Sez. I, 20 dicembre 1993, Fidanzati, in *Cass. pen.*, 1995, p. 178; *Cass.*, Sez. I, 20 gennaio 1994, Capriati, in *Mass. pen. cass.*, 1994, f. 6, p. 108; *Cass.*, Sez. I, 4 febbraio 1994, Ciampà, in *Foro it.*, 1995, f. 2, p. 236; *Cass.*, Sez. I, 1 marzo 1994, Cascio, in *Mass. pen. cass.*, 1994, f. 5, p. 128; *Cass.*, Sez. I, 8 gennaio 1996, n. 18, Migliore, in *Giust. pen.*, 1996, f. 3, p. 704; *Cass.*, Sez. I, 4 ottobre 1996, n. 4980, Vallanzasca, in *Giust. pen.*, 1998, f. 3, p. 168. Tra i giudici di merito v. Trib. Sorv. Sassari, 22 ottobre 1993, Vollaro, in *Foro it.*, 1995, f. 2, p. 237.

(11) Cfr. *Senato della Repubblica. XIV Legislatura. Relazione al disegno di legge recante Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, stampato N. 1487, p. 2, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it), ove si da conto dell'esigenza «di determinare con esattezza un sistema di regole di impugnazione che abbia a presupposto la individuazione certa dei soggetti legittimati a ricorrere, dell'autorità competente a decidere e dei poteri che la stessa può esercitare rispetto al provvedimento impugnato». Sulla necessità di una regolamentazione in tal senso v. S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 18.

(12) V. sul punto F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, p. 814.

espressamente attribuito il potere di verificare tanto la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento quanto la congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza pubblica cui il 41-*bis* ottempera. Contro l'ordinanza del giudice di merito è stata infine attribuita al procuratore generale presso la corte d'appello, al detenuto, all'internato ovvero al difensore la possibilità di proporre ricorso per Cassazione per violazione di legge.

Con la legge 15 luglio 2009 n. 94 viene siglata la quinta e (per ora) ultima tappa del cammino percorso dai mezzi di tutela giurisdizionale sul regime detentivo speciale. Senza mancare di volgere uno sguardo retrospettivo ai “precedenti” normativi, è alla disciplina scaturita a seguito di tale intervento legislativo, ed alle possibilità di riforma in ottica *de iure condendo*, che sono dedicate le pagine seguenti.

## **2. La competenza “centralizzata” del tribunale di sorveglianza di Roma: il fine giustifica i mezzi?**

La riforma del 2009, mediante la modifica dell'art. 41-*bis* comma 2-*quinq*ues ord. penit., ha delegato al tribunale di sorveglianza di Roma la competenza a decidere sul reclamo interposto avverso il provvedimento di applicazione o di proroga del “carcere duro”, con ciò derogando vistosamente al criterio del *locus custodiae*<sup>13</sup> consacrato in via generale dall'art. 677 comma 1 cod. proc. pen.<sup>14</sup>. L'interpolazione *de qua* ha inciso fortemente sulla versione *ante* riforma del medesimo comma 2-*quinq*ues ove già veniva accolta una variante del principio sopra citato: in particolare si statuiva che in ordine ai reclami avverso i provvedimenti ministeriali di sospensione delle ordinarie regole trattamentali fosse competente a decidere il tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto cui il detenuto o l'internato era formalmente «assegnato»<sup>15</sup> – e non quindi a quello «in cui si

---

(13) In questi termini v. M. RUARO, sub art. 677 cod. proc. pen., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 878.

(14) A sensi di tale articolo «la competenza a conoscere le materie attribuite alla magistratura di sorveglianza appartiene al tribunale o al magistrato di sorveglianza che hanno giurisdizione sull'istituto di prevenzione o di pena in cui si trova l'interessato all'atto della richiesta, della proposta o dell'inizio di ufficio del procedimento».

(15) Il sintagma «istituto cui il condannato, l'internato o l'imputato è assegnato» è stato oggetto

trova l'interessato all'atto della richiesta» come invece previsto dall'art. 677 comma 1 cod. proc. pen. –, a nulla rilevando l'eventuale successivo trasferimento del soggetto *in vinculis*<sup>16</sup>. La *ratio essendi* della previsione in esame andava rintracciata nell'esigenza di fissare un criterio di competenza oggettivo e stabile, tale da prevenire il rischio che il detenuto potesse sfruttare l'occasione offerta da temporanei trasferimenti (dovuti, soprattutto, a motivi di giustizia: cd. turismo giudiziario) per reiterare, presso diversi uffici giudiziari, istanze di revoca del provvedimento ministeriale, “scegliendosi” per questa via il giudice ritenuto più sensibile e ricettivo alle proprie esigenze<sup>17</sup>.

Tuttavia, negli anni successivi alla riforma del 2002, si è registrato, tra i giudici di merito, il proliferare di impostazioni ermeneutiche divergenti che hanno riguardato molteplici aspetti della disciplina dettata dall'art. 41-*bis* ord. penit.: si pensi alle questioni interpretative in punto di proroga del “carcere duro”, di scioglimento del cumulo di pena, di contestazione dell’“aggravante mafiosa” di cui al-

---

di differenti interpretazioni. Secondo G. PIERRO, *La competenza a decidere sui reclami*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11. (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 269 e s., poiché l'ordinamento penitenziario distingue tra un'assegnazione provvisoria – funzionale all'espletamento dell'osservazione scientifica della personalità ed alla conseguente formulazione del programma rieducativo – ed una definitiva – disposta in vista della puntuale esecuzione del programma medesimo –, doveva ritenersi competente per territorio il tribunale di sorveglianza con giurisdizione sull'istituto di assegnazione provvisoria o definitiva. Peraltro, secondo il medesimo Autore, il suddetto criterio non sarebbe stato applicabile agli imputati poiché nei confronti di costoro è improprio parlare di istituto “di assegnazione”; a parere di S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, p. 137 e s. tale locuzione andava riferito all'istituto presso il quale il detenuto viene destinato stabilmente ed in via definitiva dalla direzione generale detenuti del D.A.P.

(16) Cfr., in applicazione di tale disposizione, Cass., Sez. I, 3 febbraio 2009, n. 9221, A., in *CED Cass.*, n. 243695. La suddetta variante al principio del *locus custodiae* disciplinata dal comma 2-*quinquies* dell'art. 41-*bis* ord. penit. così come introdotto dalla novella del 2002 non rappresentava una novità rispetto al passato in quanto già la legge 7 gennaio 1998 n. 11 aveva a suo tempo previsto, in materia di “carcere duro”, un criterio del tutto simile a quello successivamente ribadito dal legislatore della riforma. Infatti, il vecchio comma 2-*bis* – introdotto, appunto, nel 1998 – stabiliva quanto segue: «sui reclami avverso i provvedimenti del Ministro di grazia e giustizia emessi a norma del comma 2 è competente a decidere il tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto cui il condannato, l'internato o l'imputato è assegnato; tale competenza resta ferma anche nel caso di trasferimento disposto per uno dei motivi indicati nell'articolo 42».

(17) In questo senso v. *Camera dei Deputati. XIII Legislatura. Relazione al disegno di legge recante Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, stampato n. 1845, p. 3 e 7, reperibile al sito [www.camera.it](http://www.camera.it). In dottrina v. G. PIERRO, *op. cit.*, p. 264; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, p. 134.

l'articolo 7 D.L. 152/91<sup>18</sup>. Di talché, al fine di «porre rimedio alla non uniforme giurisprudenza in materia da parte dei tribunali di sorveglianza»<sup>19</sup>, è stata conferita all'omonimo giudice capitolino<sup>20</sup> la competenza a decidere sui reclami avverso l'applicazione o la proroga del regime differenziato<sup>21</sup>. Detta soluzione, che già aveva animato il dibattito parlamentare incontrando decise disapprovazioni tra i “banchi” della minoranza<sup>22</sup>, trova in dottrina significative opinioni contrarie, non mancando di suscitare dubbi di ortodossia costituzionale. In effetti, le argomentazioni a sostegno dell'opzione normativa del 2009 non paiono sufficienti ad integrare quel *quid* di ragionevolezza<sup>23</sup> tale da giustificare, in riferimento ai detenuti

(18) Sulle divergenze interpretative in seno alla giurisprudenza dei tribunali di sorveglianza v. ampiamente *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, Relazione al Parlamento sulle questioni emerse in sede di applicazione della nuova normativa in tema di regime carcerario speciale previsto dall'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975 n. 354, modificata dalla legge 23 dicembre 2002, n. 279)* approvata nella seduta del 8 marzo 2005, doc. XXIII n. 13, p. 13 e ss., reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(19) Così v. *Senato della Repubblica. XVI Legislatura. 141ª seduta pubblica, Assemblea, mercoledì 4 febbraio 2009*, intervento Sen. R. Centaro, p. XII, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(20) In tal modo è stato recepito l'auspicio della Direzione Nazionale Antimafia a concentrare presso il tribunale di sorveglianza di Roma la competenza a decidere sui reclami avverso il regime detentivo speciale. V. sul punto *Direzione Nazionale Antimafia, Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso*, Dicembre 2008 (periodo 1 luglio 2007 – 30 giugno 2008), p. 297.

(21) In mancanza di una disciplina transitoria, la giurisprudenza ha statuito che, in forza del principio generale del *tempus regit actum*, la competenza a decidere sui reclami interposti in data anteriore all'entrata in vigore della legge 94/09 resta attribuita al tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto di assegnazione del detenuto. Cfr. in questa direzione Cass., Sez. I, 20 gennaio 2010, n. 6338, Bruno, in *CED Cass.*, n. 246492; Cass., Sez. I, 25 febbraio 2010, n. 10270, Putignano, in *CED Cass.*, n. 246784; Cass., Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 39810, Nigro, in *CED Cass.*, 2010, n. 248846; Cass., Sez. I, 2 marzo 2010, n. 10287, B., in *CED Cass.*, 2010, n. 246788; Cass., Sez. I, 26 ottobre 2010, n. 45114, confl. in c. Simeoli, in *CED Cass.*, 2010, n. 249037. In dottrina v. C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 417 nonché, ampiamente, M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Pen. Agg.*, V, Torino, 2010, p. 787.

(22) Cfr. *Senato della Repubblica. XVI Legislatura. 141ª seduta pubblica, Assemblea*, cit., interventi Sen. L. Li Gotti (IdV) p. IX, Sen. M. Perduca (PD) p. 15, Sen. A. Maritati (PD) p. 35.

(23) In punto di ragionevolezza, si è notato come il tribunale di sorveglianza di Roma sia quel medesimo giudice “artificiale” cui viene delegata la trattazione dei procedimenti riguardanti i collaboratori di giustizia che beneficiano delle speciali misure di protezione. L'art. 8 D.L. 15 gennaio 1991 n. 8 sancisce infatti che «quando i provvedimenti di liberazione condizionale, di assegnazione al lavoro all'esterno, di concessione dei permessi premio e di ammissione a taluna delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, sono adottati nei confronti di persona sottoposta a speciali misure di protezione, la competenza appartiene al tribunale o al magistrato di sorveglianza del luogo in cui la per-

“differenziati”, una deroga al principio del *locus custodiae*, vale a dire del criterio che «consente più di ogni altro al giudice di predisporre con sollecitudine e completezza la piattaforma probatoria»<sup>24</sup>.

Anzitutto, non può certo essere l'esigenza di omogeneizzazione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di “carcere duro” a legittimare la centralizzazione del reclamo in capo al tribunale di sorveglianza di Roma<sup>25</sup> posto che «il sindacato giudiziario diffuso si è rivelato in questi anni fonte di arricchimento di idee e di riflessioni in una materia la cui delicatezza è da tutti riconosciuta»<sup>26</sup>.

---

sona medesima ha eletto il domicilio a norma dell'articolo 12, comma 3-bis» e cioè del luogo in cui ha sede la commissione centrale per la definizione e applicazione delle speciali misure di protezione (Roma, appunto). Tuttavia, se in quest'ultimo caso la scelta di concentrare la competenza in capo al giudice capitolino sembra suffragata, non senza qualche lieve forzatura, da un fondo di ragionevolezza – atteso che essa «risponde alla necessità di garantire la maggiore protezione possibile ai collaboratori di giustizia, impedendo che si possa risalire al luogo ove costoro sono ristretti o comunque sottoposti a regime protettivo» (così Corte cost., sent. 11 giugno 1999 n. 227, in *www.giurcost.org*) –, non altrettanto sembra potersi dire in tema di “carcere duro”. Per questa considerazione v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 135. Nella medesima direzione cfr. L. CESARIS, sub art. 41-bis ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 474; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 319; F. RESTA, *La nuova disciplina dell'art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2689; M. F. CORTESI, *Il nuovo regime di detenzione differenziato ai sensi dell'art. 41-bis L. N. 354/1975*, in F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materia di sicurezza pubblica)*, aggiornato dalle novità introdotte dalla “Legge finanziaria 2010”, dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo “mille occhi sulle città” dell'11 febbraio 2010, Milano, 2010, p. 923; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 786. In seno al dibattito parlamentare v., per analoghe valutazioni, l'intervento del Sen. L. Li Gotti il quale sottolinea che «con questa norma, in deroga al principio di cui all'articolo 25 della Costituzione, si attribuisce una competenza esclusiva per il regime dell'articolo 41-bis al tribunale di sorveglianza di Roma. È vero che per altre fattispecie vi è una norma analoga. Per esempio, per i collaboratori di giustizia in materia di benefici penitenziari la competenza esclusiva è del tribunale di Roma, ma quella deroga all'articolo 25 ha una *ratio* derivante dalla segretezza del luogo di detenzione del collaboratore di giustizia, determinata dalla pericolosità della rilevazione del luogo di detenzione e dal fatto che i collaboratori di giustizia per legge hanno il loro domicilio in Roma. Questo prevede la normativa sui collaboratori di giustizia. Estendere, invece, anche per l'applicazione e per il reclamo avverso il regime del 41-bis, ad un unico giudice derogando al principio costituzionale dell'articolo 25 espone la norma così proposta a profili di radicale incostituzionalità». Così in *Senato della Repubblica. XVI Legislatura. 141ª seduta pubblica, Assemblea*, cit., intervento Sen. L. Li Gotti, p. 18.

(24) Così M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 99.

(25) Attese la differente composizione dei collegi e l'autonomia dei giudici che li compongono, l'accentramento presso l'ufficio giudiziario di Roma non pare sufficiente a scongiurare decisioni “eterogenee”, a meno di non voler ipotizzare la forza vincolante del cd. autoprecedente. Per questa considerazione v. M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 786.

(26) Così Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”*, delibera del 10 giugno 2009, in *www.csm.it*, p. 5. Nella medesima direzione v. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 217 i quali evidenziano come la difformità degli orientamenti giurisprudenziali rappresenti un fattore di vitalità degli ordinamenti giuridici. Critica sul punto è anche A.

Inoltre, la disposizione *de qua* – che, peraltro, lascia trasparire una scarsa fiducia nella professionalità degli uffici periferici<sup>27</sup> – dimentica l'importante ruolo nomofilattico già rivestito, *in subiecta materia*, dalla Corte di cassazione<sup>28</sup> la quale «nel corso degli anni è intervenuta con regolarità a correggere talune prese di posizione poco ortodosse – tanto *in bonam* quanto *in malam partem* – da parte dei giudici di merito»<sup>29</sup>. Per di più, se la decisione in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione o la proroga del regime speciale spetta all'ufficio di sorveglianza capitolino, permane in capo agli omonimi magistrati aventi giurisdizione sull'istituto la competenza a conoscere dei reclami avverso le specifiche limitazioni imposte e la loro concreta attuazione: il che potrebbe potenzialmente vanificare l'intento di uniformare, già in sede di merito, l'esegesi della disciplina *extra ordinem*<sup>30</sup>.

In secondo luogo, la concentrazione delle regiudicande presso il tribunale di sorveglianza di Roma se, da un lato, può determinare una progressiva e benefica “specializzazione” del giudice e garantire la più agevole circolazione delle informazioni investigative per via della maggiore vicinanza di costui con la Procura Nazionale Antimafia e Antiterrorismo<sup>31</sup>, dall'altro, non determina alcun effetto benefico in merito alla questione – a suo tempo evidenziata dalla Commissione Parlamentare Antimafia<sup>32</sup> – relativa alla lontananza fisica del organo giudicante ri-

---

DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38*, Milano, 2009, p. 461 secondo cui «se ci fondassimo sulla *voluntas legis*, così come esplicitata nei lavori parlamentari, e cioè ci interrogassimo sulla ragionevolezza di una deroga giustificata dalla volontà di sopprimere la pluralità degli orientamenti giurisprudenziali, non dovremmo spendere molte parole per giungere alla conclusione della sua illegittimità». *Contra* F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 254.

(27) M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 137.

(28) Ai sensi dell'art. 64 R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 (ordinamento giudiziario) la Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale».

(29) Così M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 137.

(30) Sul punto v. L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 474. In merito a ciò, si può prendere atto che, «per effetto della modulazione dei singoli regimi speciali applicati ai detenuti in seguito alla proposizione dei reclami alla magistratura di sorveglianza, il regime del “41-bis” abbia perduto l'originaria omogeneità applicativa, per divenire un trattamento connotato da limitazioni per così dire “personalizzate”». Così F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del “41-bis” e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, f. 2, p. 199.

(31) In questi termini si esprime A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 462.

(32) Evidenziava la *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità or-*

spetto ai luoghi in cui opera la consorteria criminale<sup>33</sup> e, sotto il profilo organizzativo, finisce per oberare il suddetto tribunale di una mole di lavoro particolarmente impegnativa e tale da non consentire il rispetto dei termini di decisione necessari<sup>34</sup>. A ciò si aggiungano le «corpose perplessità circa l'effettivo grado di obiettività di un giudizio emesso senza rispettare la necessaria “distanza di sicurezza” dall'autorità politica» cui compete l'emissione del provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali<sup>35</sup>. Basterebbe riflettere su tale ultima obiezione per comprendere i possibili risvolti negativi dell'intervento legislativo del 2009. Infatti, se quella che viene comunemente definita – con un'espressione talvolta abusata – “lotta alla criminalità organizzata” costituisce un impegno primario non solo per i pubblici ministeri e per le forze di polizia ma anche per la società e, *last but not least*, per la politica, di contro essa non compete al giudice «perché il giudice non combatte nessuno; perché nel momento in cui combatte diventa “parte” e

---

*ganizzata mafiosa o simile, Relazione al Parlamento, cit., p. 25 e s. come «la lontananza fisica del giudice della sorveglianza rispetto ai luoghi in cui opera la consorteria criminale di riferimento, [comporti] una scarsa sensibilità e conoscenza del background criminale del detenuto e delle esigenze di tipo preventivo». V. anche S. ARDITA, La funzione di prevenzione antimafia quale presupposto e limite costituzionale dell'istituto del regime detentivo speciale, in M. BARILLARO (a cura di), Terrorismo e crimini contro lo stato. Legislazione attuale e azioni di contrasto, Milano, 2005, p. 149 e s.*

(33) Per questa considerazione v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 135. Si noti che la popolazione detenuta in regime speciale proviene, per la maggior parte (89,6%), da Cosa nostra (27,6%), Camorra (40,3%) e 'Ndrangheta (21,7%), organizzazioni che, come noto, pur essendo in costante espansione, hanno il loro *habitat* naturale rispettivamente in Sicilia, Campania e Calabria. Per questi dati v. *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Rapporto sul Regime Detentivo Speciale. Indagine Conoscitiva sul 41-bis* (aprile 2016), p. 52, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

(34) In questo senso *Consiglio Superiore della Magistratura, Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”*, cit., p. 4 ove è stato peraltro peraltro evidenziato come la devoluzione della decisione sul reclamo al tribunale di sorveglianza di Roma possa rivelarsi produttiva – per la natura dei provvedimenti in questione e la personalità criminale dei soggetti a cui sono applicati – di una particolare esposizione personale dei magistrati ad esso addetti. Sulla medesima linea cfr. L. LAURICELLA, *Il controllo giurisdizionale sulla proroga del regime di “carcere duro” tra incertezze giurisprudenziali e novità normative*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2076 e s. secondo cui, a causa dell'eccessivo carico di lavoro che potrebbe gravare il giudice capitolino, ci sarebbe «il pericolo reale di non riuscire a garantire al detenuto il diritto ad un ricorso effettivo, espressamente tutelato nell'art. 13 CEDU e sul quale più volte si è espressa la giurisprudenza di Strasburgo “bacchettando” l'Italia». V. però M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, p. 217 i quali sostengono l'opportunità di concentrare in un'unica sede i mezzi tecnici e amministrativi necessari alla trattazione dei complessi procedimenti in materia di “carcere duro”. Ciò infatti permetterebbe, a detta dei medesimi Autori, di realizzare delle economie di scala trattando tutti i fascicoli nella stessa sede.

(35) Così, nuovamente, M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 136. Nella stessa direzione v. F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *op. cit.*, p. 254.

allora bisognerebbe poi trovare un altro giudice sopra che serenamente giudichi»<sup>36</sup>.

Inoltre, come acutamente sottolineato da una parte della dottrina, l'accentramento della competenza in capo al tribunale di sorveglianza di Roma, escludendo di fatto la partecipazione, in seno al collegio, dell'omonimo magistrato avente giurisdizione sull'istituto<sup>37</sup> – vale a dire la figura più vicina al detenuto e maggiormente istruita rispetto al suo percorso rieducativo –, finisce per impoverire in maniera considerevole la base conoscitiva dell'organo giudicante, specie se si considera che gli esiti del trattamento penitenziario costituiscono uno degli elementi di cui tenere conto ai fini della reiterazione del “carcere duro”<sup>38</sup>. Al contrario, una diversa voce dottrinale osserva che se la vicinanza del giudice con il soggetto *in vinculis* è essenziale qualora occorra valutare in chiave “rieducativo-trattamentale” un determinato comportamento, risulta invece irrilevante quando si tratti di decidere sulla sussistenza dei presupposti che giustificano l'applicazione o la proroga del regime detentivo speciale poiché oggetto del giudizio è la pericolosità del detenuto in relazione alla sua capacità di mantenere i contatti con le associazioni di appartenenza<sup>39</sup>. Tuttavia, per quanto condivisibile, tale ultima considerazione, più che un argomento a sostegno dell'opzione normativa accolta con la riforma del 2009, pare essere la spia di un diverso problema – avvertito anche dalla

---

(36) In questi termini v. L. STORTONI, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficacia e garanzia*, Napoli, 1999, p. 131.

(37) Ciò in quanto la devoluzione della competenza al tribunale di sorveglianza di Roma paralizzava di fatto l'applicazione della regola del *iudex domesticus* di cui all'art. 70 comma 6 ord. penit. (in questi termini v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 136) a mente del quale uno dei due magistrati ordinari che compongono il collegio giudicante – il quale, come noto, è costituito da un presidente, un magistrato di sorveglianza e da due esperti scelti fra le categorie indicate nel quarto comma dell'articolo 80 ord. penit. nonché fra docenti di scienze criminalistiche – «deve essere il magistrato di sorveglianza sotto la cui giurisdizione è posto il condannato o l'internato in ordine alla cui posizione si deve provvedere».

(38) Testualmente M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 136. Per analoghe considerazioni v. L. BRESCIANI, *Commento al comma 25 dell'art. 2 legge 15 luglio 2009, n. 94*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario al “pacchetto sicurezza” l. 15 luglio 2009 n. 94*, Torino, 2011, p. 299. Sul punto cfr. anche *Consiglio Superiore della Magistratura, Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”*, cit., p. 4 ove si legge che «anche sotto il profilo sostanziale l'accentramento delle decisioni in una unica sede priverebbe la decisione della diretta conoscenza delle situazioni esaminate, che costituisce il *proprium* della magistratura di sorveglianza».

(39) In questi termini A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 462.

medesima Autrice –, relativo all'opportunità di delegare alla magistratura di sorveglianza la competenza a decidere in una materia, quella del 41-*bis*, che appartiene ad un universo parallelo, in cui al centro del sistema non vi sono la persona del detenuto e l'obiettivo della risocializzazione, bensì l'esigenza di salvaguardare la *salus populi* e l'intento di fronteggiare la criminalità organizzata anche “da dentro il carcere”.

Difettando quindi di ragionevolezza, l'accentramento delle regiudicande in materia di “carcere duro” presso il “foro speciale” di Roma si pone in contrasto con gli artt. 3 Cost.<sup>40</sup> – per violazione del principio, appunto, di ragionevolezza, insito nell'articolo medesimo – e 25 comma 1 Cost.<sup>41</sup>. In particolare, con riferimento a tale ultima disposizione, la quale statuisce che «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge», a meno di non voler considerare il concetto di naturalità alla stregua di un mero pleonasma, può arguirsi come la previsione di un giudice “artificiale”, non corroborata da elementi giustificanti, sia scarsamente conciliabile con il diverso parametro dettato dalla Carta fondamentale<sup>42</sup>. Viste le perplessità, anche di ordine costituzionale, che accompagnano la scel-

(40) Cfr. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 135. Cfr., inoltre C. FIORIO, *41-bis: ricominciamo a parlarne*, in *Arch. pen. - Rivista a stampa*, 2015, f. 2, p. 388 secondo cui la novella del 2009 ha configurato «un tribunale “speciale” di cui, francamente, non si avvertiva il bisogno».

(41) Prospettano un *vulnus* all'art. 25 Cost. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 135; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 217; M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 923; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 787; F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 76; F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *op. cit.*, p. 254; P. CORVI, *op. cit.*, p. 198 e 319 secondo cui il tribunale di sorveglianza di Roma, pur precostituito per legge, non può definirsi “naturale”. *Contra* L. LAURICELLA, *op. cit.*, p. 2076 e s. secondo cui tale conclusione «non pare condivisibile per due ordini di ragioni. Innanzitutto perché lo spostamento della competenza, prevista dalla modifica legislativa, non avviene in conseguenza di una deroga alla disciplina generale che sia adottata in vista di una o di determinate controversie, ma per effetto della designazione di un nuovo giudice che il legislatore, nell'esercizio di un suo insindacabile potere di merito, sostituisce a quello vigente. L'altra ragione, non meno importante, riguarda la circostanza che, tale competenza, è attribuita comunque ad un tribunale di sorveglianza che è da considerarsi, in materia di reclamo, giudice naturale “per definizione”». Adesivamente L. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 298 e s.

(42) Cionondimeno, l'eventualità di una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* comma 2-*quinquies* ord. penit. per violazione dell'art. 25 comma 1 Cost. appare assai poco probabile se si considera l'orientamento assunto dalla Consulta in merito all'interpretazione del principio dettato dall'articolo da ultimo citato. Circoscrivendo il discorso ad una panoramica generale – atteso anche l'ampio dibattito che anima la dottrina sul punto – ci si limita qui ad evidenziare come, secondo la Corte, la giustapposizione tra il concetto di precostituzione e quello di naturalità debba sostanzialmente risolversi in un'endiadi poiché «la locuzione “giudice naturale” [...] non ha nell'art. 25 un significato proprio e distinto, e deriva per forza di tradizione da norme analoghe di precedenti Costituzioni, nulla in realtà aggiungendo al concetto di “giudice precostituito per

ta operata dal legislatore del 2009, pare quindi condivisibile la proposta formulata dagli Stati generali dell'esecuzione penale volta ad eliminare «una specialità che non incontra alcuna giustificazione nelle finalità proprie del regime differenziato» ed a ripristinare la (vecchia) competenza dei tribunali di sorveglianza aventi giurisdizione sull'istituto di pena ove il detenuto è assegnato, al pari di quanto a suo

---

legge» In questi termini Corte cost., sent. 7 luglio 1962, n. 88, in *www.giurcost.org*. In senso analogo Corte cost., sent. 8 aprile 1958, n. 29, in *www.giurcost.org*; nonché Corte cost., ord. 5 aprile 1984, n. 100, in *www.giurcost.org*. Inoltre, sempre a parere della Consulta, tale principio «implica la necessità che la competenza giudiziaria, individuabile in base a criteri generali direttamente posti dalla legge, non venga derogata da atti insindacabili dei pubblici poteri e vuole che la stessa legge debba uniformarsi, nel regolare la materia, ad una esigenza fundamentalmente unitaria, quella, cioè che la competenza degli organi giudiziari venga sottratta, al fine di una rigorosa garanzia della loro imparzialità, ad ogni possibilità di arbitrio». Di conseguenza, l'illegittima distrazione della regudicanda dal giudice naturale precostituito per legge si verificherebbe tutte le volte in cui il medesimo «venga designato a posteriori in relazione ad una determinata controversia o dal legislatore in via di eccezione singolare alle regole generali, ovvero attraverso atti di altri soggetti ai quali la legge attribuisce tali poteri al di là dei limiti che la riserva impone». In questi termini Corte cost., sent. 5 maggio 1967, n. 56, in *www.giurcost.org*. Sulla base di tali argomentazioni, sembra perciò alquanto remota l'eventualità che la scelta normativa adottata dal legislatore del 2009, «nell'esercizio del suo insindacabile potere di merito» (così Corte cost., sent. 5 maggio 1967, n. 56, *cit.*), possa finire sotto la «scure» del Giudice delle leggi per la violazione del principio *de quo*. Ad un diverso (e più condivisibile) risultato si potrebbe forse pervenire valorizzando quelle pronunce che sottolineano come il predicato della «naturalità» assuma, seppur in riferimento al solo ambito processual-penalistico, «un carattere del tutto particolare». In questi termini v. Corte cost., sent. 21 aprile 2006, n. 168 in *www.giurcost.org* ove si legge che «il predicato della «naturalità» assume nel processo penale un carattere del tutto particolare, in ragione della «fisiologica» allocazione di quel processo nel *locus commissi delicti*. Qualsiasi istituto processuale, quindi, che producesse – come la rimessione – l'effetto di «distrarre» il processo dalla sua sede, inciderebbe su un valore di elevato e specifico risalto per il processo penale; giacché la celebrazione di quel processo in «quel» luogo, risponde ad esigenze di indubbio rilievo, fra le quali, non ultima, va annoverata anche quella – più che tradizionale – per la quale il diritto e la giustizia devono riaffermarsi proprio nel luogo in cui sono stati violati». In dottrina, invece, una parte cospicua degli interpreti ritiene che l'aggettivo «naturale» non costituisca un mero *flatus vocis* e che, al contrario, possieda un significato diverso ed ulteriore rispetto a quello espresso dal concetto di «giudice precostituito per legge». In questa direzione cfr., tra gli altri, O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2014, p. 66 secondo cui «la naturalità andrebbe più correttamente considerata una garanzia autonoma [...] mediante la quale si esprime l'esigenza che chi esercita la funzione giurisdizionale, per risultare realmente imparziale, debba essere in grado di cogliere e di comprendere tutti i valori socio-culturali coinvolti nel processo». G. RANALDI, *La precostituzione del giudice: portata applicativa e valori inespressi*, in F. R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e costituzione*, Milano, 2010, p. 61 e ss.; G. UBERTIS, «Naturalità» del giudice e valori socio-culturali della giurisdizione, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 1075 ove si legge che «i due requisiti contemporaneamente richiesti dall'art. 25 comma 1° Cost. sono tra loro distinti». *Contra* L. GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Torino, 2002, p. 100 e ss.; A. PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 15 e ss. secondo cui il principio del giudice naturale rappresenta una specificazione di altri principi costituzionali sicché l'ampliamento del suo significato potrebbe potenzialmente svuotarne il contenuto; M. NOBILI, sub *art. 25 comma 1 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*,

tempo previsto dalla riforma del 2002<sup>43</sup>. Ferma restando, tuttavia, la convinzione che, date le peculiarità del settore del “carcere duro”, si potrebbe forse ipotizzare – non senza stravolgere un impianto di fondo ormai consolidato da anni (ma mai pienamente condiviso) – un riassetto generale delle competenze in base al quale attribuire al giudice delle misure di prevenzione *ex artt. 5 e ss.* del Codice antimafia il compito tanto di disporre l'applicazione o la proroga del regime speciale, quanto di sindacarne la legittimità in sede di impugnazione.

Lasciando per adesso in sospeso simili considerazioni, si può ancora osservare come, quanto alla natura giuridica della competenza centralizzata all'ufficio giudiziario di Roma, durante la vigenza della versione *ante* riforma dell'art. 41-*bis* comma 2-*quinquies* ord. penit., la Suprema Corte ritenesse di carattere funzionale e inderogabile il criterio del luogo di assegnazione, di talché la sua inosservanza poteva essere rilevata *ex officio* dal giudice (o dedotta dalle parti) in qualsiasi stato e grado del procedimento per reclamo<sup>44</sup>. In considerazione di simili precedenti giurisprudenziali, la dottrina – ricevendo successivo avallo dalla Corte di cassazione<sup>45</sup> – ha ritenuto esser presidiato da analoga disciplina sanzionatoria anche il “nuovo” criterio del foro capitolino<sup>46</sup>.

Resta, in conclusione, da notare che per tutti i reclami interposti da un detenuto “differenziato”, aventi ad oggetto provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria diversi dall'applicazione o dalla proroga del regime speciale, resta ferma la competenza a decidere del giudice individuato in base al criterio del *locus*

---

Bologna, 1981, p. 193 e ss. Sul tema in questione v. anche M. BARGIS, *Dubbi di costituzionalità nel passaggio di competenza dalla corte d'assise al tribunale per determinate categorie di reati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 306 e ss.

(43) V. sul punto *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 – Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, reperibile al sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), p. 16.

(44) In questo senso cfr. Cass., Sez. I, 8 novembre 2001, n. 45714, Cianciaruso, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1644; Cass., Sez. I, 3 febbraio 2009, n. 9221, Anselmo, in *CED Cass.*, n. 243695; Cass., Sez. I, 24 aprile 2008, n. 21339, Broccatelli, in *CED Cass.*, n. 240087; Cass., Sez. I, 2 marzo 2010, n. 10287, B., in *CED Cass.*, n. 246788.

(45) Cfr. Cass., Sez. I, 25 febbraio 2010, n. 10270, P., in *CED Cass.*, n. 246784 ove si parla di «nuova competenza funzionale». Più in generale, v. Cass., Sez. I, 20 marzo 2015, n. 16372, P.G. in proc. De Gennaro, in *CED Cass.*, n. 263324. In questa pronuncia la Suprema Corte ha evidenziato come la competenza di tutti i giudici (magistrato o tribunale) della sorveglianza abbia natura funzionale ed inderogabile, non inquadrabile nella mera competenza territoriale, e sia rilevabile anche di ufficio, in ogni stato del procedimento.

(46) M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 138.

*custodiae*<sup>47</sup>. Infatti, in ossequio all'art. 14 delle Preleggi, le leggi che fanno eccezione a regole generali (come appunto quella dettata dall'art. 677 comma 1 cod. proc. pen.) non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati. Orbene, secondo la Suprema Corte, «quando le questioni poste con il reclamo non attengano all'adozione, alla proroga o alla revoca del provvedimento ministeriale, e quindi alla verifica della sussistenza dei presupposti legittimanti il suo mantenimento, ma riguardino “problematiche pratiche ed operative”, e pertanto i profili applicativi delle singole restrizioni e la loro incidenza sui diritti soggettivi del detenuto, rimane la normale competenza del Magistrato di sorveglianza territoriale», prevista dall'articolo da ultimo citato<sup>48</sup>. A ben vedere, quindi, il principio generale del *locus custodiae* troverà applicazione in riferimento a molteplici aspetti concernenti il “carcere duro”: a titolo esemplificativo, si pensi ai gravami in materia di “area riservata”, di perquisizioni, di censura sulla corrispondenza, di colloqui, di video-sorveglianza, ecc. Tuttavia, come già si è visto nel corso del presente lavoro, non sembra potersi condividere l'indirizzo giurisprudenziale ora richiamato laddove ritiene di competenza del tribunale di sorveglianza di Roma la decisione in ordine al reclamo avente ad oggetto il silenzio-diniego dell'autorità amministrativa in tema di revoca del decreto ministeriale<sup>49</sup> poiché, a parere di chi scrive, simile soluzione – ancorché coerente, da un punto di vista teleologico, con la *ratio* dell'istituzione, ad opera del legislatore, del “foro speciale” capitolino – pare incompatibile con il suddetto divieto di analogia sancito dall'art. 14 delle Preleggi.

### **3. *La disciplina del reclamo di cui all'art. 41-bis comma 2-quinquies ord. penit.***

A mente dell'art. 41-*bis* comma 2-*quinquies* ord. penit. possono interporre reclamo avverso il decreto ministeriale di applicazione o di proroga della discipli-

---

(47) Per questa considerazione v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 138 e s.

(48) Così Cass., Sez. I, 10 settembre 2015, n. 37835, confl. in proc. R.S., *inedita*. Sul punto v. anche Cass., Sez. I, 21 febbraio 2014, n. 18191, confl. in proc. D.T.N., *inedita*; Cass., Sez. I, 5 novembre 2004, n. 47736, P.G. in proc. Pecoraro, in *CED Cass.*, n. 230409.

(49) V., per tutte, Cass., Sez. I, 18 settembre 2012, n. 39863, confl. in proc. Iacolare, in *CED Cass.*, n. 253288.

na *extra ordinem* il detenuto o l'internato ad essa sottoposti, nonché il difensore di costoro. Il fatto che tra i soggetti legittimati ad impugnare compaia anche quest'ultimo pone il problema di stabilire a quanti e quali avvocati spetti detta facoltà, essendo assai probabile che il detenuto – specie se imputato in più procedimenti, come spesso accade a coloro che provengono dal mondo del crimine organizzato – sia assistito da più legali. Della questione in esame non poteva che farsi carico l'amministrazione penitenziaria la quale, con circolare, ha disposto che, contestualmente alla notifica al detenuto del provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali, l'interessato venga invitato ad indicare il difensore nominato per l'eventuale esercizio della facoltà di impugnazione: sarà poi il direttore del carcere (ovvero, come talvolta accade, l'ufficio matricola), ricevuto il nominativo, a comunicare al patrocinante l'emissione del decreto e l'avvenuta notifica dello stesso al soggetto *in vinculis*<sup>50</sup>. Si tratta all'evidenza di una soluzione prospettata anche da taluni autori<sup>51</sup>.

Il reclamo, a seguito della modifica del 2009, è presentato nel termine di venti giorni – in luogo dei dieci in precedenza fissati – decorrenti dalla comunicazione del provvedimento ministeriale<sup>52</sup>. L'interpolazione è stata valutata in termini positivi dalla dottrina in quanto il detenuto e il suo avvocato possono così fruire di un periodo di tempo più elevato rispetto al passato per predisporre la strategia difensiva e per raccogliere eventuali elementi utili<sup>53</sup>. Quanto alla natura (ed alle conseguenze della inosservanza) del termine, considerato che il rispetto del medesimo

---

(50) Per queste ed altre indicazioni v. circolare ministeriale 9 ottobre 2003 n. 3592/6042.

(51) Cfr. M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1291; S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 18, nt. 23. Secondo D. PETRINI, *Il regime di "carcere duro" diventa definitivo*, in *L. p.*, 2003, p. 252 detta soluzione può dirsi accettabile «anche se implica un allungamento dei tempi poco auspicabile». Per una differente soluzione v. P. CORVI, *op. cit.*, p. 194.

(52) Il termine per la presentazione del reclamo è soggetto, secondo la giurisprudenza, alla sospensione nel periodo feriale a norma dell'art. 1 legge 7 ottobre 1969 n. 742 il quale dispone che «il decorso dei termini processuali relativi alle giurisdizioni ordinarie ed a quelle amministrative è sospeso di diritto dal 1° al 31 agosto di ciascun anno, e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. Ove il decorso abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo». In questo senso v. Cass., Sez. I, 15 giugno 2010, n. 24830, Gentile, in *CED Cass.*, n. 248045; Cass., Sez. I, 2 luglio 2012, n. 31025, Falsone, *inedita*.

(53) In questo senso v. M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 922; P. CORVI, *op. cit.*, p. 194 e s.; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 475; F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, cit., p. 76.

«costituisce una pre-condizione che la legge impone affinché il reclamo possa efficacemente adempiere al suo scopo»<sup>54</sup>, se ne deve concludere a favore della perentorietà (e dell'inammissibilità dell'impugnazione tardiva)<sup>55</sup>.

Controversa è invece l'individuazione del *dies a quo* per la proposizione del gravame da parte del difensore poiché non si rinviene alcuna disposizione che esplicitamente prescriva l'obbligo di comunicare anche a costui il provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali<sup>56</sup>. Sul punto si scontrano due opposti orientamenti giurisprudenziali. In un primo momento, infatti, la Corte di cassazione ha affermato che il termine per la proposizione del reclamo avverso il decreto ministeriale decorre, sia per il detenuto che per il difensore, dalla data di comunicazione del provvedimento al primo, posto che nessuna norma prevede che il Guardasigilli, nell'emanare il provvedimento di sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario, debba nominare al condannato un difensore e debba dare ad esso comunicazione del decreto, incombendo, al contrario, sul soggetto *in vinculis* l'onere di munirsi eventualmente di un legale, conferendogli il mandato per il reclamo<sup>57</sup>. Tuttavia, le più recenti pronunce della Suprema Corte, valorizzando la portata precettiva della cd. circolare 41-*bis* (circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042) cui già s'è fatto riferimento, offrono una differente lettura, in base alla quale il comma 2-*quinquies* dell'art. 41-*bis* ord. penit., secondo una prassi consolidata, resa ufficiale e vincolante per atto della stessa amministrazione pe-

---

(54) Cfr. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 67.

(55) Alla medesima soluzione perviene P. CORVI, *op. cit.*, p. 195 la quale, per altro evidenzia, come sia di interesse del detenuto sollecitare il controllo giurisdizionale in tempi brevi.

(56) V. sul punto P. GIORDANO, *Un punto fermo nell'incerto metodo di legiferare*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 39. A fronte della mancanza di una precisa disposizione che ponga a carico dell'amministrazione l'obbligo di comunicare il decreto ministeriale al difensore, è invece evidente come, con riferimento al detenuto, detto obbligo sussista e ciò in forza, se non altro, del disposto di cui all'art. 21-*bis* legge 7 agosto 1990 n. 241 a mente del quale «il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile».

(57) Per queste considerazioni v. Cass., Sez. I, 13 gennaio 2010, n. 5392, Smorta, in *CED Cass.*, n. 246066. Tale principio di diritto è stato ripreso da Cass., Sez. I, 25 gennaio 2011, n. 7507, Mallardo, *inedita*; Cass., Sez. I, 12 ottobre 2011, n. 98, Basco, *inedita* ove, in virtù delle suddette considerazioni, è stata dichiarata manifestamente infondata la prospettata questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* comma 2-*quinquies* ord. penit. in relazione all'art. 24 della Costituzione. Alla medesima conclusione perviene Cass., Sez. VII, 15 febbraio 2012, n. 25865, D'Alessandro, *inedita*.

nitenzia e considerata dal legislatore, implicitamente prescriverebbe un obbligo di comunicazione al difensore del sottoposto del decreto che impone o proroga il regime detentivo speciale<sup>58</sup>. Data questa premessa, l'avvenuta notifica del provvedimento anche all'avvocato attiva, a parere della medesima Cassazione, un meccanismo tale da consentire l'operatività, in relazione ad un atto ritenuto soggetto alle disposizioni generali sulle impugnazioni, anche dell'art. 585 comma 3 cod. proc. pen.<sup>59</sup> in virtù del quale «quando la decorrenza è diversa per l'imputato e per il suo difensore, opera per entrambi il termine che scade per ultimo». La decisione, nei suoi tratti essenziali, pare assai condivisibile. Tra le righe del disposto del comma 2-*quinquies* sembra infatti ragionevole rinvenire a carico dell'amministrazione l'onere di dare comunicazione del decreto ministeriale anche al difensore poiché, in caso contrario, la facoltà attribuita a quest'ultimo di interporre reclamo potrebbe risultare vanificata dalla mancata conoscenza, da parte del legale, dell'emissione del decreto stesso. In altri termini, l'avvocato, per proporre impugnazione, deve essere edotto in merito all'adozione ed al contenuto del provvedimento e di ciò non può che farsi carico l'autorità amministrativa, come peraltro stabilito dalla suddetta circolare. Se dunque si riconosce l'esistenza di un obbligo in tal senso, il passo per ammettere l'applicabilità dell'art. 585 comma 3 cod. proc. pen. è breve: invero, privilegiando il cd. *favor impugnationis*, non si vede quale ostacolo possa escludere, in riferimento al reclamo disciplinato dall'art. 41-*bis* comma 2-*quinquies* ord. penit., l'applicazione analogica di una regola che viene qualificata dalla giurisprudenza alla stregua di un principio generale in materia di impugnazioni<sup>60</sup>.

---

(58) Testualmente Cass., Sez. I, 19 dicembre 2011, n. 3634, Coluccio, in *Dir. proc. pen.*, 2012, p. 427 ove si precisa anche che «se è vero che le disposizioni di legge applicabili nella materia non prescrivono espressamente che i provvedimenti ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. pen. vadano notificati al difensore, è pur vero che le stesse non contengono alcuna previsione che escluda la doverosità di tale notifica» la quale «non comporta alcuna elusione della funzione dell'istituto né determina alcun irragionevole aggravio per l'amministrazione penitenziaria o effettivo ritardo nella decisione, specie ove si consideri che ad essa si assolve ordinariamente, e correttamente, con comunicazioni a mezzo fax e viene ad operare in situazione in cui il termine di dieci giorni assegnato al Tribunale di sorveglianza dal comma 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* ord. pen. per la decisione sul reclamo è meramente ordinatorio e di fatto quasi mai rispettato».

(59) In questi termini Cass., Sez. I, 19 dicembre 2011, n. 3634, Coluccio, *cit.* Nella stessa direzione cfr. Cass., Sez. I, 17 dicembre 2014, n. 14822, Ciampà, *inedita*.

(60) Sulla base della considerazione che la regola di cui all'art. 585 comma 3 cod. proc. pen. costituisce un principio generale in materia di impugnazioni, la Cassazione, superando un suo precedente arresto (Cass., Sez. I, 31 gennaio 1994, Lo Prete, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1926), ha ammesso

Il reclamo è proposto con atto scritto nel quale vengono indicati il provvedimento rimesso al controllo giurisdizionale e gli estremi del medesimo nonché i motivi specifici su cui le doglianze si fondano<sup>61</sup>. La giurisprudenza, invero, ritiene applicabile anche alla materia *de qua* le regole generali dettate dagli artt. 581 e 591 cod. proc. pen., di talché la mancata enunciazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto su cui il gravame si fonda determina la inammissibilità dell'impugnazione, senza che vi sia la possibilità di sopperirvi mediante la produzione tardiva di memorie o motivi integrativi<sup>62</sup>.

Il reclamo, per espressa previsione ad opera del comma 2-*quinquies*, non sospende l'esecuzione del decreto ministeriale, al pari di quanto sancito dall'art. 14-*ter* ord. penit.<sup>63</sup>.

---

che il suddetto principio trova applicazione anche con riguardo ai termini previsti dall'art. 309 cod. proc. pen. per la proposizione della richiesta di riesame nonostante, in questo caso, il *dies a quo* per l'imputato e per il suo difensore sia differente atteso che il termine di dieci giorni per proporre richiesta di riesame decorre, per il primo, dalla esecuzione o notificazione dell'ordinanza impositiva della misura e, per il secondo, dalla notificazione dell'avviso di deposito della medesima ordinanza. In questo senso Cass., Sez. II, 6 novembre 2001, n. 43763, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3161 nonché, in precedenza, Cass., Sez. III, 14 dicembre 1995, n. 4489, G.G. e altri, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3101.

(61) Cfr. M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 785; P. CORVI, *op. cit.*, p. 194 secondo cui al reclamo avverso il decreto ministeriale sono applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 582 e 583 cod. proc. pen. per cui il detenuto, l'internato o il difensore possono proporre l'impugnazione con telegramma ovvero con atto da trasmettersi a mezzo di raccomandata alla cancelleria del tribunale di sorveglianza di Roma. Inoltre, è da ritenersi senza dubbio applicabile l'art. 123 comma 1 cod. proc. pen. laddove consente al soggetto *in vinculis* di presentare impugnazioni con atto ricevuto dal direttore.

(62) In questo senso Cass., Sez. I, 24 gennaio 2006, n. 14542, Episcopo, in *CED Cass.*, n. 233940; Cass., Sez. I, 10 novembre 2009, n. 46904, in *CED Cass.*, n. 245683; Cass., Sez. I, 19 dicembre 2011, n. 3634, Coluccio, *cit.*; Cass., Sez. I, 17 dicembre 2014, n. 14822, Ciampà, *cit.* Con riferimento al reclamo di cui all'art. 14-*ter* ord. penit. v. Cass., Sez. I, 25 marzo 1998, n. 1781, Piane, in *Giust. pen.*, 1999, f. 3, p. 367. In dottrina cfr. L. FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle camere penali e una "controriforma" che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 33; M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1292. Nelle suddette pronunce, la Cassazione giunge ad affermare l'applicabilità anche in questa materia degli artt. 581 e 591 cod. proc. pen. asseverando la natura del reclamo quale «comune mezzo d'impugnazione». Tuttavia, pur senza scomodare eccessive astrazioni dogmatiche, si può giungere al medesimo risultato ricorrendo ad un'argomentazione di tipo teleologico: infatti, posto che l'art. 666 comma 2 cod. proc. pen. prevede per il rito di sorveglianza un filtro preliminare di ammissibilità dell'atto con cui viene instaurato il procedimento, si deve ritenere necessaria, ai fini di tale valutazione, l'enunciazione dei motivi su cui il reclamo si fonda, a meno che non si voglia (erroneamente) ipotizzare l'inapplicabilità della disposizione da ultimo citata allorché il giudizio viene introdotto proprio mediante reclamo. Per questa considerazione v. ampiamente M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, *cit.*, p. 64 e ss.

(63) V. sul punto P. CORVI, *op. cit.*, p. 195 nonché M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 785 la quale evidenzia come tale disposizione deroghi alla normativa generale in tema di impugnazioni.

Come s'è detto, oggetto di gravame è il decreto ministeriale che dispone o proroga l'applicazione del "carcere duro" e legittimati a proporre impugnazione sono l'interessato e il difensore. Sul punto possono formularsi due considerazioni. In primo luogo, si noti come l'art. 41-*bis* comma 2-*quinquies* ord. penit., al pari di altre disposizioni dettate dall'ordinamento penitenziario, non preveda la possibilità per il P.M. di attivarsi *pro reo* interponendo reclamo avverso un provvedimento *in malam partem* come quello di sospensione delle ordinarie regole trattamentali<sup>64</sup>. In secondo luogo, né al Ministro dell'interno (organo cui compete un potere di iniziativa in ordine all'applicazione del "carcere duro") né tanto meno alle Direzioni Distrettuali Antimafia ed alla Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo (soggetti cui è delegata l'istruttoria finalizzata all'emissione del decreto) è riconosciuto il potere di impugnare l'eventuale inerzia ministeriale, non essendo previsto alcun meccanismo giurisdizionale che consenta a tali istituzioni di far valere in giudizio l'asseverata sussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione del regime speciale qualora detta sussistenza sia stata esclusa dal Guardasigilli.

#### **4. Il procedimento ex art. 41-bis comma 2-sexies ord. penit. e i suoi profili di specialità rispetto all'ordinario rito di sorveglianza**

Il procedimento per la trattazione del reclamo avverso il decreto ministeriale di applicazione o di proroga del "carcere duro" si svolge in camera di consiglio secondo le modalità previste dagli artt. 666 e 678 cod. proc. pen. per l'ordinario rito di sorveglianza<sup>65</sup>, anche se, rispetto a quest'ultimo, possono scorgersi nella disciplina dettata dall'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. evidenti profili di specialità che conferiscono al procedimento ivi contemplato un carattere del tutto peculiare<sup>66</sup>. Ciononostante, non può disconoscersi come il rinvio alle forme descritte

---

(64) Per questa considerazione v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 169, nt. 72; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *op. cit.*, p. 217.

(65) Tenendo in debita considerazione il principio secondo il quale tutti i provvedimenti del tribunale di sorveglianza devono essere adottati mediante l'omonimo procedimento ne discende che il rinvio espresso alle forme di cui agli artt. 666 e 678 cod. proc. pen. operato dall'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. (così come da altre disposizioni) risulta pleonastico. Per questa considerazione v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 36.

(66) P. CORVI, *op. cit.*, p. 199; M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1291; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 140 il quale sottolinea l'«autonomia» del procedimento *ex art. 41-bis* comma 2-*se-*

dai summenzionati articoli rappresenti una «rilevante novità» apportata dalla riforma del 2002 (e confermata da quella del 2009)<sup>67</sup>, giacché in precedenza il controllo giurisdizionale sul regime speciale seguiva il più “snello” procedimento disciplinato dall'art. 14-*ter* ord. penit.<sup>68</sup>.

Preliminarmente all'apertura dell'udienza, il reclamo avverso il decreto ministeriale di sospensione delle ordinarie regole trattamentali viene sottoposto al vaglio di ammissibilità previsto dal secondo comma dell'art. 666 cod. proc. pen.: se la richiesta appare manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi<sup>69</sup>, il presidente del collegio (*id est*, del tribunale di sorveglianza di Roma)<sup>70</sup>, sentito il pubblico ministero, la dichiara inammissibile con decreto motivato il quale, entro cinque giorni, viene notificato all'interessato ed è ricorribile per Cassazione nei quindici giorni successivi alla notifica stessa.

Superata positivamente la delibazione di ammissibilità della domanda, il menzionato presidente del collegio provvede a fissare la data dell'udienza in ca-

---

*xies* ord. penit. dal modello procedimentale definito dagli art. 666 e 678 cod. proc. pen., autonomia dovuta alla apposita disciplina dei termini processuali, all'oggetto della cognizione del giudice ed al particolare “effetto conformativo” che l'eventuale accoglimento del reclamo produce sul successivo potere ministeriale.

(67) Cfr. M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1291.

(68) V. sul punto F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza: organizzazione, competenze, procedure*, Seconda ed. aggiornata, Torino, 1998, p. 84 e ss. L'Autore ha, peraltro, messo in luce come, con riferimento alla materia del “carcere duro”, fattori quali l'originaria mancanza di garanzie procedurali analoghe a quelle dettate dall'art. 14-*bis* commi 2, 3 e 4 ord. penit. in tema di regime di sorveglianza particolare e, soprattutto, l'estrema indeterminatezza che caratterizzava la disciplina dei presupposti legittimanti il provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali facessero sì che il controllo giurisdizionale esercitato dal tribunale di sorveglianza sul decreto ministeriale fosse «(ancor) meno incisivo di quello che lo stesso organo è chiamato a svolgere con riferimento alla materia della sorveglianza particolare» (p. 86).

(69) Pertanto, in sede di giudizio di ammissibilità, non sono consentite valutazioni sulla fondatezza della questione (salvo che per difetto delle condizioni di legge) né soluzioni di questioni controverse. Infatti, «una lettura disinvolta della norma potrebbe condurre a virtuali *non liquet* adottati al di fuori di ogni contraddittorio, rendendo evanescenti proprio quelle “garanzie di giurisdizionalità” pretese dal legislatore». Così G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 288.

(70) DI recente, tuttavia, la Cassazione ha affermato che la statuizione in ordine all'inammissibilità dell'istanza *de plano* ad opera del Presidente del collegio non può ritenersi esportabile nel giudizio d'impugnazione, al cui *genus* è pacificamente riconducibile il gravame costituito dal reclamo al Tribunale di sorveglianza, per il quale vige invece il principio che l'inammissibilità, per le tassative ragioni di cui all'art. 591 comma 1 cod. proc. pen., è dichiarata con ordinanza dal giudice dell'impugnazione: dunque, nel caso in cui questo sia un organo collegiale, dal collegio. In questi termini Cass., Sez. I, 2 dicembre 2014, n. 53017, B., in *CED Cass.*, n. 261662.

mera di consiglio, designando un difensore d'ufficio all'interessato qualora ne sia sprovvisto, specie nell'eventualità (tutt'altro che remota) che questi abbia proposto personalmente impugnazione senza l'assistenza di un avvocato. A tal proposito si tenga comunque presente che, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, dopo l'emissione del provvedimento ministeriale, l'amministrazione provvede a darne notizia al detenuto invitandolo ad indicare il nominativo del legale cui verrà conferito il mandato per il reclamo.

Al fine di instaurare il contraddittorio, della fissazione dell'udienza è dato avviso alle parti e ai difensori: in particolare, l'informativa viene portata a conoscenza dell'ufficio del pubblico ministero mediante comunicazione in segreteria *ex art. 153 comma 2 cod. proc. pen.*<sup>71</sup> mentre al detenuto ed al suo legale il decreto di convocazione è trasmesso ricorrendo al sistema delle notificazioni di cui all'art. 156 cod. proc. pen.<sup>72</sup>. A norma dell'art. 666 comma 3 cod. proc. pen. la *vocatio in iudicium* deve avvenire almeno dieci giorni prima della data in cui l'udienza è fissata. Si noti come – a causa di una disciplina che, in prospettiva sistemica, si presenta assai poco armonica – detto termine decadale risulti incompatibile con quello (di pari durata) previsto dall'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. per la decisione sul reclamo poiché, paradossalmente, il necessario rispetto del primo (termine di natura dilatoria) preclude l'osservanza del secondo (acceleratorio), «anche nell'ipotesi in cui il tribunale fissi tempestivamente l'udienza e la cancelleria provveda con solerzia agli adempimenti necessari alle notifiche»<sup>73</sup>.

---

(71) Posto che, a seguito della riforma del 2009, le funzioni requirenti in sede di reclamo *ex art. 41-bis* ord. penit. sono riconosciute non solo al procuratore generale presso la corte d'appello ma altresì, come vedremo a breve, al procuratore distrettuale ed al procuratore nazionale antimafia, l'avviso di fissazione dell'udienza andrà comunicato a ciascuno degli uffici menzionati. V. per questa considerazione M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 260.

(72) Sul punto v. ampiamente M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 258 e ss.

(73) Così P. CORVI, *op. cit.*, p. 204. Cfr. anche A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 312; A. DI GIOVANNI, *Forma, contenuto e impugnabilità del provvedimento ex articolo 41bis. L'analisi della riforma tra conferme ed incertezze*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 43, p. 58 e s.; M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1292. In giurisprudenza si dà atto del problema in Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, *cit.* Un esempio può rendere più evidente la contraddizione. Ipotizziamo che il giorno 3 il tribunale riceva il reclamo interposto da un detenuto: in considerazione della regola dettata dall'art. 172 comma 4 cod. proc. pen. – a mente della quale «salvo che la legge disponga altrimenti, nel termine non si computa l'ora o il giorno in cui ne è iniziata la decorrenza; si computa l'ultima ora o l'ultimo giorno» –, per rispettare il termine acceleratorio di dieci giorni sancito dall'art. 41-

Possono essere depositate memorie in cancelleria fino a cinque giorni prima del giudizio<sup>74</sup>. Quest'ultimo si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero mentre l'interessato è sentito solo qualora ne faccia richiesta. La disciplina non contempla invece l'intervento nel procedimento del Ministro della giustizia (o, più verosimilmente, di un suo rappresentante) con ciò suscitando perplessità in dottrina ove si è posto in evidenza come, rimanendo esclusa la partecipazione di colui che ha formato il decreto e sarebbe in grado di illustrarne e difenderne i contenuti, «tutti gli attori giudiziari della vicenda risultino sostanzialmente estranei rispetto all'ordinaria conoscenza delle esigenze e delle questioni che sono poste a fondamento di quel provvedimento»<sup>75</sup>. Queste osservazioni, autorevolmente sostenute prima dell'ultima riforma, hanno perso di consistenza a seguito dell'intervento legislativo del 2009<sup>76</sup> il quale, mostrandosi sensibile al problema, ha provveduto a sopperire a tale *deficit* statuendo, al comma 2-*sexies*, che «all'udienza le funzioni di pubblico ministero possono essere altresì svolte da un rappresentante dell'ufficio del procuratore della Repubblica di cui al comma 2-*bis* o del procuratore nazionale antimafia»<sup>77</sup>. In questo modo, pur non essendo rappresentati del Guardasigilli, costoro hanno la possibilità di garantire in giudizio un apporto conoscitivo adeguato in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti per l'applicazione della disciplina *extra ordinem* poiché è ad essi che compete il costante monitoraggio del termometro della pericolosità di organizzazioni criminali operanti sul territorio e la conoscenza diretta delle fonti investigative e

---

*bis* comma 2-*sexies* ord. penit., il giudice di sorveglianza capitolino sarà tenuto a pronunciarsi entro il giorno 13 (compreso). Tuttavia, posto che la *vocatio in iudicium* deve avvenire almeno dieci giorni prima della data in cui è fissata l'udienza, quest'ultima non potrà svolgersi prima del giorno 14 atteso che al termine dilatorio di cui all'art. 666 comma 3 cod. proc. pen. si applica la regola dettata dall'art. 172 comma 5 cod. proc. pen. in virtù della quale «quando è stabilito soltanto il momento finale, le unità di tempo stabilite per il termine si computano intere e libere».

(74) Con esse non è tuttavia possibile sopperire ad eventuali carenze dei motivi posti alla base del reclamo poiché, come si è avuto modo di osservare nel paragrafo precedente, anche con riferimento al reclamo trova applicazione l'art. 591 cod. proc. pen. secondo cui l'impugnazione priva dei motivi è inammissibile.

(75) S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 149.

(76) In questo senso v. anche P. CORVI, *op. cit.*, p. 201.

(77) M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 926 ritiene, peraltro, che tale specificazione sia dettata «dalla circostanza che, essendo stata accentrata la competenza esclusiva nel tribunale di sorveglianza di Roma, si vuole consentire ai magistrati del pubblico ministero che hanno maggiore conoscenza del procedimento di presenziare all'udienza».

di polizia<sup>78</sup>.

La novella del 2009, interpolando come sopra la disciplina della partecipazione al giudizio, ha quindi inteso «incrementare il “peso specifico” della parte pubblica nell'ambito del contraddittorio camerale, facendo sì che l'udienza di discussione del reclamo assuma una fisionomia tipicamente *adversary*»<sup>79</sup>. In questo modo si è data risposta ad un'impellente esigenza da tempo avvertita anche in sede istituzionale là dove si evidenziava come gli uffici delle procure generali presso le corti d'appello – soggetti cui compete, *ex art.* 678 comma 3 cod. proc. pen., l'esercizio delle funzioni di pubblico ministero davanti al tribunale di sorveglianza – non disponessero di un adeguato supporto informativo al fine di sostenere la validità della proroga, oggetto del reclamo, ovvero di proporre, eventualmente, ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza di accoglimento del medesimo<sup>80</sup>.

Recependo pedissequamente una proposta formulata dalla DNA<sup>81</sup>, il legislatore ha perciò previsto – come anticipato – che le funzioni required nel proce-

(78) Sul ruolo degli organi investigativi in merito alla valutazione dei presupposti per l'applicazione del “carcere duro” v., in questi termini, S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 148.

(79) Così M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 261.

(80) In questi termini cfr. V. MACRÌ, *Art. 41 bis, 2° comma, O.P.*, in *Consiglio superiore della magistratura, Incontro di studio dal titolo: Il regime speciale di cui all'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: confronto sulle questioni aperte*, Roma, 2007, p. 21 e s., reperibile al sito [www.csm.it](http://www.csm.it) il quale, tra l'altro, riporta la circostanza (emersa dall'audizione dell'allora Procuratore nazionale antimafia dott. Pierluigi Vigna in Commissione parlamentare antimafia) secondo cui, in un'occasione, alla D.N.A. pervenne addirittura la richiesta di informazioni su «tale Riina» (p. 23). Dal canto suo anche la *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, Relazione al Parlamento*, cit., p. 17 e s. rilevava «con preoccupazione» la condotta di molte procure generali della Repubblica che, nella prima fase di applicazione della disciplina scaturita a seguito della novella del 2002, non avevano proceduto alla impugnazione avverso le declaratorie di inefficacia adottate dai tribunali di sorveglianza, se non in casi sporadici, nonostante le sollecitazioni del D.A.P. e della Direzione nazionale antimafia. «Nel 2003 vi sarebbero state solo nove impugnazioni sulle sessantacinque ordinanze che, secondo il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, meritavano il vaglio di legittimità della Suprema Corte di Cassazione». Va comunque segnalato che “in attesa” della riforma del 2009, al fine di ovviare a tale situazione, si era stabilita *ante litteram* la prassi in forza della quale il D.A.P. informava tempestivamente la D.N.A. della presentazione del reclamo e della data dell'udienza di discussione davanti ai tribunali di sorveglianza in modo da consentire alla Direzione nazionale antimafia di predisporre ed inviare ai procuratori generali interessati una nota con la documentazione e la indicazione delle ragioni militanti a favore del rigetto dell'impugnazione e conseguentemente al mantenimento del regime speciale. Sul punto v. V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 22 nonché *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, Relazione al Parlamento*, cit., p. 29.

(81) *Direzione Nazionale Antimafia, Relazione*, cit., Dicembre 2008 (periodo 1 luglio 2007 – 30 giugno 2008), p. 301. V., per analoga proposta, *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, Relazione al Parlamento*, cit., p. 30.

dimento di impugnazione del decreto ministeriale possano essere esercitate anche dal Procuratore nazionale antimafia (e antiterrorismo) nonché, a seconda che il detenuto sia indagato o imputato, da un rappresentante, rispettivamente, dell'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero di quello presso il giudice procedente<sup>82</sup>. Come si evince dal dettato normativo («le funzioni di pubblico ministero possono essere altresì svolte [...]»), i suddetti organi cui è riconosciuta la speciale competenza processuale non si sostituiscono al Procuratore generale individuato dall'art. 678 comma 3 cod. proc. pen. bensì concorrono con esso nell'esercizio delle funzioni demandate alla parte pubblica<sup>83</sup>. Nondimeno, in sede di primo commento, si era rilevato come tale previsione omettesse «l'indicazione dei criteri per la determinazione in concreto dell'ufficio inquirente con conseguenti incertezze e inevitabili conflitti (senza indicazione dell'organo deputato a risolverli)»<sup>84</sup>. Della questione si è fatto carico il procuratore generale presso la Corte di cassazione il quale, con proprio provvedimento, ha osservato che al procuratore generale presso la corte d'appello di Roma – autorità cui appartiene il potere di organizzazione della partecipazione alle udienze – è attribuita una competenza generale in materia di sorveglianza ed una funzionale con riferimento a tutti i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. penit.; al procuratore della Repubblica di cui al comma 2-*bis* dello stesso articolo ed al procuratore nazionale

---

(82) L'estensione della legittimazione processuale anche all'ufficio della D.N.A. è indubbiamente positiva in ragione del ruolo di coordinamento e di sintesi che essa riveste nel campo del contrasto alla criminalità organizzata (mafiosa e terroristica). Così si esprime sul punto il dott. Vincenzo Macrì, già Procuratore aggiunto presso la Direzione nazionale antimafia: «Quello che facevamo per corrispondenza oggi possiamo farlo personalmente; possiamo fornire al tribunale di sorveglianza tutta una serie di notizie, di cui disponiamo in quanto titolari di una banca dati e titolari di conoscenze organizzate su tutto il territorio nazionale, anche superiori a quelle che può fornire il procuratore della Repubblica del luogo. Spesso capita che un detenuto sia stato condannato a Palermo, a Milano e a Bologna contemporaneamente. Il procuratore di Palermo, di Milano o di Bologna conosce soltanto il suo processo, mentre noi sappiamo dell'esistenza di più processi, conosciamo gli elementi di accusa dei processi e sappiamo in quali dichiarazioni di collaboratori il detenuto è stato nominato e coinvolto. Possiamo quindi offrire un panorama molto più ampio e dettagliato». Così *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, Audizione del procuratore aggiunto della Direzione Nazionale Antimafia, dottor Vincenzo Macrì, sul regime detentivo speciale previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354*, Resoconto stenografico n. 45 dell'11/05/2010, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it), p. 17.

(83) M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 260.

(84) Così *Consiglio Superiore della Magistratura, Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"*, cit., p. 5.

antimafia è invece riconosciuta una competenza alternativa a quella del P.G., limitatamente alle procedure nelle quali detti organi ritengano di intervenire esercitando la facoltà ad essi attribuita *ex lege*<sup>85</sup>. L'esercizio di quest'ultima avviene, quindi, per mezzo della designazione e cioè di un atto interno con efficacia vincolante sul Procuratore generale nel senso che costui è tenuto a prenderne atto e, in sede di organizzazione della partecipazione alle udienze, vi si dovrà conformare, indicando al giudice di sorveglianza capitolino i magistrati che rappresenteranno la parte pubblica<sup>86</sup>.

A mente dell'art. 666 comma 4 cod. proc. pen., l'interessato che ne faccia richiesta è sentito personalmente; tuttavia, qualora egli sia detenuto o internato in un luogo posto fuori della circoscrizione del giudice competente, vale a dire del tribunale di sorveglianza di Roma, è sentito “per rogatoria” prima del giorno dell'udienza dall'omonimo magistrato del luogo, salvo che il giudice stesso ritenga di disporre la traduzione<sup>87</sup>. Nondimeno, tale previsione, dettata in via generale per il rito di sorveglianza, deve coordinarsi con il disposto dell'art. 41-*bis* comma 2-*septies* ord. penit. ove si stabilisce che il detenuto o internato sottoposto al “carcere duro” partecipa all'udienza di trattazione del reclamo mediante il sistema della videoconferenza<sup>88</sup> secondo la disciplina sancita all'art. 146-*bis* del decreto legislati-

---

(85) Il P.G. è quindi considerato P.M. necessario ogniqualvolta non sia esercitata dagli altri organi la facoltà di intervento alternativo.

(86) Per queste indicazioni v. *Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso*, Febbraio 2016 (periodo 1 luglio 2014 – 30 giugno 2015), p. 446 e s. ove si segnala anche che partire dal 1 marzo 2010, la Direzione nazionale antimafia ha costantemente assicurato la partecipazione di un proprio magistrato, secondo un turno preventivamente stabilito, alle udienze del Tribunale dedicate alla trattazione dei reclami avverso i provvedimenti in materia di 41-*bis*. Al contrario i P.M. distrettuali non hanno sinora utilizzato la facoltà di partecipazione diretta all'udienza, e ciò in ragione del collegamento diretto tra D.N.A. e D.D.A. territoriali, «dalle quali giungono, udienza per udienza, preziosi aggiornamenti informativi sulle posizioni dei reclamanti».

(87) In merito all'audizione “per rogatoria” esprimono dubbi di legittimità costituzionale G. DI CHIARA, *op. cit.*, p. 297; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 135 e s.; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 297 e ss.

(88) Già prima dell'introduzione del comma 2-*septies* ad opera della riforma del 2009, la partecipazione del detenuto all'udienza in camera di consiglio avveniva a distanza, mediante il sistema della videoconferenza, e ciò per effetto del combinato disposto degli artt. 45-*bis* comma 1 e 146-*bis* comma 1-*bis* disp. att. c.p.p. V., per tutti, A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 310. In considerazione di tale assunto, parte della dottrina ritiene «pleonastico» l'inedito comma *de quo*. Così C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*, cit., p. 417, nt. 71. Al contrario, P. CORVI, *op. cit.*, p. 203, nt. 255, sostiene che l'interpolazione in esame non sia superflua in ragione del fatto che l'art. 45-

vo 28 luglio 1989 n. 271 recante «norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale». Orbene, ipotizzando che il soggetto *in vin- culis* faccia richiesta di essere sentito<sup>89</sup>, occorre distinguere a seconda che egli sia o meno detenuto in un luogo posto all'interno della circoscrizione del tribunale di sorveglianza di Roma. Se nel primo caso non si dubita che l'audizione debba seguire le modalità di cui all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.<sup>90</sup>, nel secondo sembra porsi il problema di stabilire se il dettato del comma 2-*septies* deroghi *in toto* all'art. 666 comma 4 cod. proc. pen. – con la conseguenza che l'interessato sarà comunque sentito mediante l'impiego della videoconferenza – ovvero se soppianti soltanto la (eventuale) partecipazione personale disposta dal giudice, ferma restando quindi negli altri casi l'audizione da parte del magistrato di sorveglianza del luogo. A rigore parrebbe preferibile quest'ultima soluzione poiché altrimenti l'impiego della videoconferenza finirebbe per attribuire surrettiziamente al soggetto sottoposto al 41-*bis* un diritto a partecipare a distanza laddove per i detenuti comuni non esiste un corrispondente diritto a partecipare personalmente<sup>91</sup>. Cionondimeno, non mancano argomenti anche a favore della tesi opposta. Anzitutto, l'utilizzo dello strumento *de quo*, senza pregiudicare quelle esigenze organizzative e di sicurezza che la relazione al progetto preliminare del codice di rito elevava a ragioni giustificati-

---

*bis* disp. att. c.p.p., facendo riferimento all'art. 127 comma 1 cod. proc. pen., induce a ritenere applicabile la videoconferenza soltanto ai procedimenti la cui disciplina rinvia all'articolo da ultimo citato.

(89) È da escludere che la disposizione di cui al comma 2-*septies* abbia introdotto una sorta di partecipazione necessaria (sia pure mediatica) in deroga a quanto previsto dall'art. 666 comma 4 cod. proc. pen. Sul punto v., con riferimento alla disciplina di cui all'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p., G. P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p. 233.

(90) In questo senso G. P. VOENA, *op. cit.*, p. 233.

(91) G. SACCONI, *La partecipazione a distanza al procedimento camerale*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11. (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 125; A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 311. In considerazione dei lavori parlamentari, i quali testimoniano l'intenzione di estendere la videoconferenza a procedimenti come il riesame delle misure coercitive, l'appello delle misure cautelari, scrive G. P. VOENA, *op. cit.*, p. 233: «la partecipazione a distanza diviene disponibile tutte le volte in cui il giudice ritenga necessaria la presenza dell'imputato o del condannato, anche a seguito di sua richiesta, anziché l'audizione ad opera del magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 127 comma 3». *Contra* F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *op. cit.*, p. 389 secondo i quali «ove il detenuto o l'internato ne facciano richiesta, il giudice procedente ha il dovere di attivare il collegamento a distanza dovunque si trovi ristretto il richiedente».

ve dell'introduzione della regola di cui all'art. 666 comma 4 cod. proc. pen.<sup>92</sup>, garantirebbe un livello di garanzie sensibilmente superiore rispetto a quest'ultima<sup>93</sup>. Inoltre, prescindendo dalla specifica materia delle udienze camerale ed allargando la prospettiva d'analisi, non va dimenticato che il detenuto sottoposto al "carcere duro" risulta complessivamente penalizzato, giacché egli partecipa comunque a distanza anche al dibattimento: in questa prospettiva l'impiego della videoconferenza in luogo dell'audizione "per rogatoria" vi offrirebbe una parziale compensazione<sup>94</sup>. Infine, se il concetto di «partecipazione» venisse inteso in senso figurato come possibilità per il soggetto *in vinculis* di prendere attivamente parte al giudizio al fine di far valere le sue ragioni, si potrebbe giungere ad affermare l'incondizionata applicabilità dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p. pure nel caso in cui il *locus custodiae* fosse situato al di fuori della circoscrizione del tribunale di sorveglianza capitolino poiché, data la premessa concettuale di partenza, anche quella per rogatoria verrebbe considerata alla stregua di una forma di «partecipazione».

Quanto alla disciplina della prova, dal combinato disposto degli artt. 666 comma 5 cod. proc. pen. e 185 disp. att. c.p.p. si ricava che il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio, sia pure senza particolari formalità<sup>95</sup>. Sebbene il rito di sorveglianza non misconosca il ricorso a prove costituende quali, in particolare, la consulenza dei tecnici del trattamento, la perizia criminologica, la perizia medico-legale, la testimonianza, è indubbia la "predilezione" verso le prove costituite<sup>96</sup>. Ciò che qui urge mettere in

(92) Per le ragioni che sottintendono all'introduzione dell'audizione per rogatoria v., per tutti, G. DI CHIARA, *op. cit.*, p. 296.

(93) In questi termini M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 313.

(94) Sul punto v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 314, nt. 86; L. SCOMPARIN, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, in M. BARGIS (a cura di), *Il decreto "antiscarcerazioni"*, Torino, 2001, p. 149.

(95) Come si vede, nel procedimento di sorveglianza spetta al giudice «un ruolo di netta preminenza sul piano dell'iniziativa probatoria [...] un ruolo di vero e proprio signore della prova, affrancato da ogni necessità di sollecitazione di parte». È quindi evidente la distonia con i principi che informano il rito penale di cognizione: mentre quest'ultimo è improntato ai caratteri del sistema accusatorio, la prova nei procedimenti *post iudicatum* obbedisce ai contrapposti canoni del metodo inquisitorio. In questi termini v. G. DI CHIARA, *op. cit.*, p. 301 e s. Sul punto v. anche F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 142; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 326.

(96) G. DI CHIARA, *op. cit.*, p. 303, M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 344 e ss.

evidenza è, tuttavia, il problema del deposito delle informative e dei pareri acquisiti dal Ministro della giustizia a fini dell'emissione del decreto di applicazione o di proroga del “carcere duro”. Sul punto, i principi costituenti il “giusto processo” sembrerebbero categorici nell'imporre che il materiale probatorio sul quale si fonda il provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali sia conoscibile al detenuto, giacché altrimenti verrebbe compresso il diritto di difesa di costui e si darebbe luogo «ad una disparità di trattamento tra le parti, dovendosi presumere che il P.M. nel procedimento di reclamo sia invece ben informato sulla situazione del soggetto»<sup>97</sup>. Nondimeno, in talune pronunce della Suprema Corte s'è detto che non rileva la mancanza in atti degli allegati richiamati nel decreto ministeriale fatto oggetto di impugnazione, poiché «nessuna norma impone il deposito delle informative rituali e, d'altro canto, il loro contenuto è ampiamente riportato nel decreto stesso, in guisa tale da consentire lo svolgimento di una idonea strategia difensiva»<sup>98</sup>. Peraltro – evidenzia la Corte – le esigenze di necessaria cautela e di riservatezza, connesse con il divieto di esame degli atti suddetti nel corso del procedimento amministrativo, persistono anche nel corso del giudizio di fronte al tribunale di sorveglianza, essendo evidente che, in caso contrario, tali esigenze verrebbero facilmente frustrate ed aggirate<sup>99</sup>.

Quest'orientamento, alla luce delle osservazioni di cui sopra, non convince. Preferibili sono, invero, quelle pronunce laddove si afferma che, prima della discussione e della decisione, al fine di garantire la conoscibilità degli elementi di fatto ascritti al detenuto sottoposto al “carcere duro”, tutti gli atti contenuti nel fascicolo sono messi a disposizione della difesa per visione ed eventuale estrazione di copie, aggiungendosi che nel corso dell'istruttoria e durante l'udienza possono essere dedotte ed espletate tutte le prove richieste dall'interessato<sup>100</sup>.

---

(97) Così L. CESARIS, *op. cit.*, p. 469. Sul punto, cfr. anche M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1290; P. CORVI, *op. cit.*, p. 201 e s.; D. PETRINI, *op. cit.*, p. 244; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 790 e s.

(98) Testualmente v. Cass., Sez. I, 13 ottobre 2005, n. 39773, Cillari, in *CED Cass.*, n. 232687.

(99) In questi stessi termini v. anche Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 8056, M.G., in *Cass. pen.*, 2006, p. 660.

(100) Cfr., in motivazione, Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, in *CED Cass.*, n. 230552 nonché Cass., Sez. I, 20 settembre 2005, n. 39803, Sanatiti, in *CED Cass.*, n. 232946.

### 5. *L'ampiezza del sindacato giurisdizionale: il controllo sulla congruità delle misure*

È indubbio che la questione relativa all'ampiezza del sindacato giurisdizionale esercitabile dal tribunale di sorveglianza in sede di impugnazione del decreto ministeriale di applicazione o di proroga del “carcere duro” rappresenti uno dei temi maggiormente dibattuti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, sin dai tempi dell'originaria versione dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit.

Dando voce alla pronunce della Cassazione intervenute sul punto, si può evidenziare come, in un primo momento, secondo la Corte, il giudizio del tribunale di sorveglianza in relazione al decreto di sospensione delle ordinarie regole trattamentali, soggiacendo ai limiti fissati dagli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, fosse circoscritto ai soli vizi di legittimità dell'atto – vale a dire l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge – e non potesse estendersi anche al merito del provvedimento: donde la sindacabilità di quest'ultimo esclusivamente in ordine ai presupposti legittimanti l'adozione del particolare regime imposto e non anche alle singole modalità di attuazione dello stesso<sup>101</sup>. In altri termini, ciò che di più preme sottolineare, è come, in virtù di tale impostazione ermeneutica, al suddetto tribunale di sorveglianza fosse riconosciuto il potere di dichiarare soltanto la illegittimità del decreto ministeriale, «giammai [quello] di sostituire – in tutto o in parte – l'attività e la volontà dell'amministrazione in ordine ai

(101) In questo senso Cass., Sez. I, 6 luglio 1994, in *Giust. pen.*, 1995, f. III, p. 665. Nella stessa direzione Cass., Sez. I, 28 giugno 1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 310; Cass., Sez. I, 9 settembre 1994, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3068; Cass., Sez. I, 6 dicembre 1994, in *Foro it.*, 1995, f. II, p. 417; Cass., Sez. I, 26 gennaio 1995, n. 425, Salerno, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1606 secondo cui «il Tribunale di sorveglianza deve limitarsi ad effettuare il mero controllo di legittimità sul provvedimento reclamato, senza avere alcun potere integrativo dello stesso, stante la sua natura meramente amministrativa sia per l'autorità dalla quale promana che per il suo intrinseco contenuto; sicché ove rilevi la carenza di ragioni idonee a giustificarlo, o la mera apparenza di quelle indicate, il giudice deve solo disporre la revoca del provvedimento». Cfr., però, Cass., Sez. I, 14 marzo 1995, n. 1579, Onorato, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1605 nonché Cass., Sez. I, 26 gennaio 1995, n. 426, C.S., in *Cass. pen.*, 1996, p. 934 ove, un po' contraddittoriamente, si afferma che il controllo giurisdizionale sul “carcere duro” «riguarda sia la legittimità che il merito» salvo poi precisare che «il Tribunale, dopo un'ampia premessa sulle problematiche generali e sulla legittimità dell'atto amministrativo, non si è limitato ad applicare, o meno, l'impugnato decreto nella sua complessità – respingendolo “in toto” qualora vi avesse ravvisato la lesione di un diritto di entità tale da inficiare la legalità dell'intero provvedimento – ma ne ha valutato le singole parti, accentandone alcune e respingendone, con dichiarazione di inefficacia, altre e, in tal modo provvedendo, sostanzialmente e formalmente, ad una sostituzione, del contenuto dell'atto, non consentita all'A.G. in quanto esulante dai suoi poteri».

mezzi prescelti per il raggiungimento del fine inerente all'atto» e di dichiarare inefficaci solo una parte delle misure restrittive imposte al detenuto in applicazione del regime differenziato. In simili ipotesi, infatti, l'autorità giudiziaria avrebbe finito, secondo la Cassazione, per valutare non già la rispondenza dell'atto alla sua funzione legale, bensì la scelta operata dall'autorità amministrativa circa le modalità ritenute congrue per il perseguimento del fine proposti e riconosciute dalla legge, estendendo di fatto il proprio sindacato al merito (e non alla sola legittimità) del provvedimento e finendo per esercitare funzioni di amministrazione attiva e non di mera giurisdizione<sup>102</sup>.

In secondo momento, tuttavia, la Suprema Corte ha parzialmente sconfessato detto orientamento, sostenendo che, ferma restando l'esclusione del sindacato sul merito del decreto ministeriale, una volta accertata la sussistenza delle condizioni oggettive e soggettive stabilite dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit.<sup>103</sup>, il controllo giurisdizionale «deve necessariamente spostarsi alle singole limitazioni che concretano il trattamento differenziato dedotto in giudizio, posto che, incidendo sulle modalità di esecuzione del titolo della detenzione, deve verificarsene la compatibilità con i principi di individualizzazione e di proporzionalità di cui agli artt. 27, comma 1 e 3 e 3 Cost. nonché con quel grado di flessibilità del contenuto afflittivo necessario sia ai fini di rieducazione del detenuto che per l'ordine e la sicurezza». Pertanto – precisa la Cassazione – il vaglio del tribunale deve, in primo luogo, involgere la puntuale rispondenza delle restrizioni alla finalità di pubblico

---

(102) Per queste considerazioni v. ampiamente Cass., Sez. I, 6 giugno 1995, n. 3493, G.R., in *Cass. pen.*, 1996, p. 2376. Nella medesima direzione Cass., Sez. I, 7 luglio 1995, n. 4149, T., in *Cass. pen.*, 1996, p. 1293; Cass., Sez. I, 3 novembre 1995, n. 5529, Padovano, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3772: «In caso di reclamo avverso il provvedimento adottato dal Ministro di grazia e giustizia ai sensi dell'art. 41 *bis* (situazione di emergenza) ord. penit., il tribunale di sorveglianza può soltanto deliberare sulla totalità del decreto impugnato ed eventualmente procedere alla sua disapplicazione, ma non può intervenire su di esso, modificandone o manipolandone il contenuto».

(103) Vale a dire che «il sindacato incidentale di legittimità consiste essenzialmente nell'accertare – caso per caso, senza aprioristiche generalizzazioni e sulla base dei dati indicati nella motivazione del decreto ministeriale – se tale provvedimento sia stato adottato in presenza dei presupposti tassativamente fissati dalla legge e per la peculiare finalità dalla stessa individuata, nel senso che il giudice è chiamato a verificare se il potere autoritativo di introdurre deroghe al comune regime carcerario e di affievolire il diritto al normale trattamento sia stato esercitato dall'Amministrazione in riferimento allo scopo tipizzato dall'art. 41 *bis*, comma 2 ord. penit., in modo che la maggiore afflittività dell'esecuzione della detenzione trovi giustificazione nella motivazione dello stesso provvedimento riguardante sia l'accertata necessità di salvaguardia delle esigenze di ordine e di sicurezza sia la qualificata capacità criminale del detenuto».

interesse che il provvedimento persegue ed, in secondo luogo, accertare «se la sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento, pur essendo rispondente al fine indicato dalla legge, comporti restrizioni che inaspriscono il regime carcerario al punto da provocare la lesione di quelle posizioni soggettive che, essendo coesenziali alla persona umana, costituiscono diritti costituzionalmente garantiti o da tradursi in trattamenti contrari al senso di umanità»<sup>104</sup>. Di conseguenza, qualora sia accertata l'illegittimità del decreto ministeriale, il tribunale di sorveglianza deve disapplicarlo in tutto o in parte a seconda che i vizi accertati attengano rispettivamente a tutte le limitazioni del normale trattamento ovvero ineriscano soltanto ad alcune di esse<sup>105</sup>.

Nel 1996 sul punto è intervenuta la Corte costituzionale la quale, evidenziando gli ampi margini di scelta lasciati (dal vecchio secondo comma) all'amministrazione riguardo al concreto atteggiarsi della disciplina *extra ordinem*, ha statuito che il sindacato giurisdizionale sul “carcere duro”, per esplicare pienamente la sua funzione a tutela dei diritti dei detenuti, deve estendersi non solo alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione con specifico riferimento al contenuto di questo, vuoi sotto il profilo della eventuale lesione di situazioni non comprimibili, vuoi sotto quello della congruità delle prescrizioni in relazione ai fini per i quali la legge consente al Ministro della giustizia di disporre un regime derogatorio. Pertanto, secondo la Consulta, non può farsi applicazione di misure che per il

---

(104) Infatti, come evidenziato dalla stessa Cassazione, «un provvedimento che dovesse produrre simili effetti risulterebbe senz'altro inficiato dal vizio di violazione di legge, in quanto risulterebbe in insanabile contrasto con i principi della Costituzione e determinerebbe il sacrificio di diritti inviolabili che non possono essere affievoliti e degradati neppure in nome della tutela dell'interesse pubblico relativo all'ordine e alla sicurezza».

(105) Per queste considerazioni v. l'articolata motivazione di Cass., Sez. I, 22 dicembre 1995, n. 6873, Furnari, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1969. Nello stesso senso Cass., Sez. I, 29 gennaio 1996, n. 593, G.R., in *Cass. pen.*, 1997, p. 853; Cass., Sez. I, 4 ottobre 1996, n. 4980, Vallanzasca, in *Giust. pen.*, 1998, f. III, p. 168: «Poiché il diritto soggettivo del detenuto può essere leso non soltanto dal provvedimento amministrativo globalmente considerato, ma anche da singole disposizioni di esso, appare evidente che il controllo sulla sussistenza di vizi di legittimità non deve riguardare soltanto il detto provvedimento nel suo complesso, ma deve essere esteso alle singole disposizioni per verificare che le stesse non ledano i diritti soggettivi del detenuto». V. anche Cass., Sez. I, 18 gennaio 1996, n. 276, A.P., in *Cass. pen.*, 1996, p. 3772; Cass., Sez. I, 26 gennaio 1996, n. 563, F.A., in *Giust. pen.*, 1996, f. III, p. 697; Cass., Sez. I, 11 marzo 1996, n. 1543, A.G., in *Cass. pen.*, 1997, p. 1150.

loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica ovvero siano, rispetto a detta esigenza, palesemente inadeguate o incongrue poiché, mancando tale congruità, «non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»<sup>106</sup>.

Il legislatore della riforma del 2002, metabolizzando gli insegnamenti del Giudice delle leggi<sup>107</sup>, aveva espressamente conferito al tribunale di sorveglianza il potere di pronunciarsi non solo «sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento», bensì anche «sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di [ordine e sicurezza pubblica]». In questo modo l'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. attribuiva al giudice la possibilità di disapplicare le singole prescrizioni che, all'esito della verifica della legittimità del decreto ministeriale sotto il profilo dell'eccesso di potere, risultassero non giustificate alle luce delle predette esigenze. Dal canto suo, la giurisprudenza di merito interveniva spesso a modifica parziale dei provvedimenti di sospensione delle ordinarie regole trattamentali con riferimento, in particolar modo, alle prescrizioni relative ai colloqui<sup>108</sup> ed a quelle concernenti le somme, i beni e gli oggetti che possono essere

---

(106) Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, in *www.giurcost.org*. La «pienezza del sindacato giurisdizionale» sul «carcere duro» è stata successivamente ribadita dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza 376/97 (Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, in *www.giurcost.org*.) Peraltro, ai dettami della Consulta si è allineata anche la Cassazione: v., per tutte, Cass., Sez. I, 19 dicembre 1997, n. 7226, Di Giacomo, in *Giust. pen.*, 1999, f. III, p. 126. In dottrina v. G. POSCIA, *Potere di disapplicazione del decreto ministeriale ex art. 41 bis, comma 2°, O.P.*, in *Giust. pen.*, 1997, p. 119 e ss.

(107) Così si esprimeva, prima della riforma del 2002, C. FIORIO, *L'inaccettabilità delle inge-  
renze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in *G. cost.*, 1996, p. 3063: «resta auspicabile che la sottoposizione al cd. «carcere duro» avvenga, per il futuro, attraverso una fisiologica ripartizione di ruoli tra amministrazione e giurisdizione e che la prassi applicativa si collochi, con uniformità di posizioni, nella scia di [quell'orientamento] volto ad ammettere la disapplicazione, anche parziale, del provvedimento lesivo di diritti soggettivi». In senso critico rispetto all'orientamento assunto dalla Consulta circa il sindacato giurisdizionale del tribunale di sorveglianza v. invece L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. penit. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3188 e ss.

(108) In questo senso cfr. Trib. Sorv. Torino, 25 giugno 2003, n. 3846, Caiazzo, *inedita*; Trib. Sorv. Torino, 26 febbraio 2003, n. 1212, Dell'Anna, *inedita*. Queste pronunce hanno dichiarato la nullità della limitazioni dei colloqui ad uno al mese posto che l'amministrazione non ha specificato

ricevuti dall'esterno<sup>109</sup>. Questa impostazione ermeneutica, avallata da talune pronunce della Cassazione<sup>110</sup>, suscitava notevoli critiche in dottrina là dove si evidenziava come la valutazione in termini di congruità delle suddette limitazioni era stata già effettuata e risolta positivamente dal legislatore, sicché qualora una misura la si fosse ritenuta estranea alle finalità proprie del regime detentivo speciale o meramente vessatoria, non vi sarebbe stato altro rimedio che la denuncia di illegittimità costituzionale<sup>111</sup>. In questo senso, quindi, il giudizio circa il nesso funzionale tra il contenuto del provvedimento e le esigenze di ordine e sicurezza pubblica andava circoscritto a quelle disposizioni che conferiscono all'amministrazione un potere di adottare generiche misure di sicurezza lasciate "in bianco" ovvero a

---

il motivo per il quale essi siano stati ridotti ad uno anziché a due. Come si ricorderà, infatti, l'art. 41-bis comma 2-*quater* lett. b) ord. penit., nella versione *ante* riforma 2009, a differenza di quanto avviene oggi, limitava i confronti *face to face* entro un minimo ed un massimo.

(109) V. Trib. Sorv. Perugia, 10 aprile 2003, n. 981, Pollari, *inedita*; Trib. Sorv. Torino, 10 giugno 2003, n. 3349, Alcamo, *inedita* secondo cui, esistendo un sistema di controlli relativo alla ricezione dei pacchi dall'esterno, non si comprende la ragione per la quale ne debba essere limitato l'introito in favore dei detenuti.

(110) Cfr. Cass., Sez. I, 4 novembre 2004, n. 46067, Fiscaro, in *Giust. pen.*, 2005, f. III, p. 669. *Contra*, invece, Cass., Sez. I, 12 novembre 2004, n. 49274, P.D., in *Riv. pen.*, 2006, f.1, p. 123; Cass., Sez. I, 10 dicembre 2004, n. 4474, Quattroluni, in *Giust. pen.*, 2006, f. III, p. 239; Cass., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 15428, T.C., in *Cass. pen.*, 2005, p. 1689 secondo cui la presenza, nel provvedimento di sospensione, di limitazioni in materia di colloqui e di ricezione di pacchi dall'esterno, in quanto rientrante nell'ambito delle specifiche previsioni di cui all'art. 41-bis comma 2-*quater* ord. penit., «non può [...] non ritenersi "congrua", indipendentemente da ogni specifica, ulteriore motivazione, rispetto alle esigenze di cui al comma 2, atteso che il giudizio di congruità è stato anticipatamente espresso, in via generale ed astratta, dal legislatore laddove ha previsto che l'adozione del suddetto provvedimento facoltizzasse per ciò stesso l'amministrazione penitenziaria ad inserire nel medesimo le limitazioni in questione». Pertanto, «del tutto illegittima deve ritenersi la declaratoria di inefficacia delle suddette limitazioni in questione pronunciata dal tribunale di sorveglianza, avendo questo indebitamente sovrapposto una propria valutazione discrezionale a quella legittimamente operata dall'autorità amministrativa, nell'ambito dei poteri ad essa conferiti direttamente dalla legge».

(111) Cfr. S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004 p. 729 e s. L'Autore evidenzia (p. 728) come l'annullamento parziale delle misure adottate del Guardasigilli, dando luogo ad un'applicazione differenziata del regime speciale tra i detenuti appartenenti al medesimo circuito, rischiava di creare un varco per le comunicazioni realizzabile mediante l'intermediazione di quei soggetti ai quali venivano riconosciute maggiori possibilità di contatto con l'esterno. V. anche F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, 2003, p. 444 secondo cui, valutando (sia pure nelle forme sfumate dell'eccesso di potere) l'opportunità delle limitazioni imposte alle normali regole del trattamento, «il giudice incide su un ambito – quello del merito amministrativo – che attiene alla sfera di valutazione politica del ministro della giustizia, così interferendo – o potendo interferire – con le prerogative e le attribuzioni di un altro potere dello Stato». In senso critico rispetto alle dichiarazioni di parziale inefficacia dei decreti ministeriali v., già prima della riforma del 2002, L. D'AMBROSIO, *Prorogato il trattamento penitenziario "di rigore"*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 420.

quelle prescrizioni dettate dal Ministro che oltrepassino i limiti imposti dalla legge o non riguardino istituti previsti dalla legge penitenziaria<sup>112</sup>.

La novella del 2009 ha inciso notevolmente sul punto. Da un lato, interpolando l'*incipit* del comma 2-*quater* mediante l'impiego del verbo «prevede» in luogo della precedente forma servile «può comportare», ha “standardizzato” il contenuto dei decreti di sospensione delle ordinarie regole trattamentali, il quale è stato pertanto sottratto alla determinazione del Guardasigilli; dall'altro, ha limitato il sindacato giurisdizionale del giudice di merito alla sola «sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento», con ciò recidendo il controllo sulla congruità delle misure disposte, nonché precludendo, di conseguenza, al tribunale di sorveglianza la possibilità di giungere ad annullamenti parziali dei provvedimenti di “carcere duro”<sup>113</sup>. Questa disciplina, così come riformata, ha suscitato da subito dubbi di legittimità costituzionale ed è stata rimessa al vaglio della Consulta per presunta violazione degli artt. 13 secondo comma, 24 primo comma e 113 primo e secondo comma Cost., non essendo apprestata, secondo il giudice *a quo*, un'idonea forma di tutela nei confronti di comportamenti dell'amministrazione penitenziaria incidenti sulla libertà personale del detenuto e lesivi dei diritti dello stesso<sup>114</sup>. Il Giudice delle leggi – dichiarando la relativa questione inammissibile per l'inadeguata ricostruzione del quadro normativo di riferimento dal quale «il rimettente avrebbe potuto trarre elementi per pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata, tale da escludere il dubbio di legittimità» paventato – ha osservato che la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini è stata determinata dalla «forte riduzione della discrezionalità ministeriale» nella individuazione delle misure di cui si compone il “carcere duro” e dall'«introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla

---

(112) S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 163 e s.

(113) Sul punto v. L. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 296; F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, cit., p. 76 e s.; M. F. CORTESI, *Il nuovo regime*, cit., p. 927; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 479; P. CORVI, *op. cit.*, p. 212 e ss. In giurisprudenza Cass., Sez. I, 12 ottobre 2011, n. 98, B.A., in *Cass. pen.*, 2013, p. 331; Cass., Sez. I, 6 febbraio 2015, n. 18791, C.G., in *CED Cass.*, n. 263508.

(114) In questo senso Trib. Sorv. Roma, ord. 29 settembre 2009, n. 313, G.A., in *www.gazzettaufficiale.it*.

legge»<sup>115</sup>. Ciò tuttavia, «non [è stato] certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto» e ciò in ragione «della perdurante esistenza e utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-ter ord. penit. per tutti i regimi di sorveglianza particolare, ed anzi, più in generale, quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti». Di talché – per effetto di una lettura *secundum Constitutionem* – venuta meno la previsione speciale, ritenuta non più necessaria, si riespande quella generale, senza che si determini il vuoto di tutela asserito dal giudice *a quo*<sup>116</sup>.

In sostanza, pertanto, sebbene il sindacato giurisdizionale sia stato “mutolato” del controllo sulla congruenza delle restrizioni rispetto agli obiettivi per i quali la legge ne consente l'adozione, non può disconoscersi, in un ordinamento che si professi democratico e che intenda tutelare la posizione giuridica anche di coloro che sono in stato di detenzione, la possibilità per il soggetto *in vinculis* di impugnare quelle misure che siano lesive dei suoi diritti. A tal fine, la Corte costituzionale, come detto, ha individuato, quale rimedio giurisdizionale, il reclamo di cui all'art. 14-ter ord. penit. Nondimeno, alla luce del mutato panorama normativo e, segnatamente, delle novità introdotte dal D.L. 23 dicembre 2013 n. 146 convertito in legge 21 febbraio 2014 n. 10, v'è da ritenersi che oggi sia il modulo procedimentale compiutamente delineato dagli artt. 35-bis e 69 ord. penit. lo strumento mediante il quale il detenuto potrà esercitare il controllo di legittimità sul contenuto del regime speciale, impugnando quelle limitazioni che appaiano meramente vessatorie.

Ciò su cui invece sembrano esservi ancora dei dubbi è se sia tuttora ammessa una qualche forma di tutela rispetto a misure ritenute incongrue ma non direttamente lesive di diritti. La questione prende le mosse dalla constatazione che – a differenza di ciò che la Consulta afferma, non senza tradire una certa ambiguità<sup>117</sup> – il catalogo di restrizioni che la sospensione delle ordinarie regole di tratta-

---

(115) Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 190, in *www.giurcost.org*.

(116) Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 190, *cit.*

(117) Come evidenziato da F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *G. it.*, 2010, p. 2515, nt. 22 se, da un lato, la Consulta parla di «forte riduzione della discrezionalità ministeriale» dall'altro fa riferimento ad «un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge».

mento «prevede» non è affatto tassativo giacché «residuano aree paragonabili a delle “bande di oscillazione”, con riferimento alle quali è l'amministrazione che, con le sue scelte, determina, di volta in volta, il valore esatto»<sup>118</sup>. In altri termini, se è indiscutibilmente esclusa la possibilità per il tribunale di sorveglianza di dichiarare inconferenti con le esigenze di ordine e sicurezza pubblica quelle misure predeterminate dalla legge (es. la riduzione dei colloqui ad uno al mese) posto che con riferimento ad esse la valutazione di congruità è stata effettuata *ex ante*, una volta per tutte, dal legislatore<sup>119</sup>, diverso potrebbe essere il discorso in quei casi in cui il Guardasigilli conserva ancora un margine di discrezionalità. Infatti, mentre nella prima ipotesi vige una sorta di presunzione normativa tale per cui la misura è considerata congrua *ope legis* e l'unico modo per far valere la sua eventuale incongruenza è quello di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale<sup>120</sup>, nella seconda ipotesi, ove è l'amministrazione a determinare in concreto la restrizione, ci si può domandare se, qualora la stessa dovesse risultare estranea alle esigenze preventive proprie del “carcere duro”, l'ordinamento consenta al giudice di disapplicarla.

Orbene, sul punto la dottrina appare frammentata. Tra gli interpreti si è correttamente sostenuto che un conto è verificare l'esistenza del nesso funzionale tra le singole limitazioni e gli obiettivi della disciplina *extra ordinem*, onde dichiarare inefficaci quelle che risultino avere una portata puramente afflittiva, altro è accertare se taluna delle misure leda i diritti di colui che vi è sottoposto<sup>121</sup>. Questa

---

(118) Così F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem*, cit., p. 2515. Nella stessa direzione C. FIORIO, *Il carcere «duro» tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *G. cost.*, 2010, p. 2271; P. CORVI, *op. cit.*, p. 213; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 771. Sono diversi gli aspetti del “carcere duro” relativamente ai quali l'amministrazione conserva una certa discrezionalità. In primo luogo, è ad essa che, a sensi del comma 2-*quater* lett. a), spetta l'adozione di non meglio precisate «misure di elevata sicurezza interna ed esterna»; in secondo luogo, è la medesima autorità che stabilisce come impiegare le due ore di socialità (sappiamo che attualmente una è destinata al “passeggio” e l'altra alle attività ricreative o sportive), quanto denaro nonché quali beni ed oggetti possono essere ricevuti dall'esterno; è sempre all'amministrazione che compete di adottare generiche «misure di sicurezza» volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi.

(119) In questo senso v. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 464 e s.

(120) V. in tal direzione Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, *cit.*

(121) In questo senso F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem*, cit., p. 2515.

distinzione, di cui peraltro la Consulta mostra di essere consapevole<sup>122</sup>, implica che – in considerazione dell'approdo interpretativo a cui quest'ultima è giunta con la sentenza 190/10 («non [è stato] certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto») – non è esperibile il reclamo avverso quelle restrizioni che, seppur incongrue, non siano pregiudizievoli<sup>123</sup>.

Altra parte della dottrina ha, al contrario, affermato che le misure non riconducibili alle esigenze per le quali la legge ne prevede l'adozione sono da considerarsi per ciò solo ingiustificatamente lesive dei diritti del sottoposto, donde la perdurante esperibilità del sindacato sulla congruenza di quelle limitazioni lasciate alla discrezionale determinazione ministeriale<sup>124</sup>.

Su posizioni ancora differenti si colloca chi, allontanandosi da una rigida lettura dei dettami della Consulta, sostiene come un'interpretazione costituzional-

---

(122) Ciò là dove afferma che «la riduzione del limite massimo di due ore decisa con i provvedimenti applicativi può essere sempre oggetto di reclamo al tribunale di sorveglianza, da parte di singoli detenuti, per violazione di un diritto soggettivo (quale, ad esempio, il diritto alla salute), nell'ambito del perdurante controllo di legalità orientato alla tutela dei diritti [...]. Non si tratterebbe, in tali ipotesi, di un controllo sulla «congruità» del provvedimento rispetto ai fini di sicurezza, ma dell'accertamento della eventuale lesione di un diritto fondamentale – mai giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza – da verificare caso per caso». Così Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 190, *cit.*

(123) Ciò suscita seri dubbi circa della possibilità (affermata dalla Corte costituzionale) di interpretare *secundum Constitutionem* l'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. così come novellato dalla riforma del 2009. V. ampiamente F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem*, *cit.*, p. 2514.

(124) Cfr. M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 770 e s. V. anche Corte cost., sent. 7 giugno 2013, n. 135, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) ove la Consulta – dichiarando che non spettava al Ministro della giustizia disporre, su conforme proposta del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, che non fosse data esecuzione al provvedimento del magistrato di sorveglianza con il quale era stato ritenuto lesivo di un diritto del soggetto *in vinculis* l'oscuramento delle emissioni di Rai Sport e di Rai Storia – ha affermato quanto segue: «L'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può [...] subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.». V. sul punto A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2013 secondo cui la Consulta, con la sentenza ora citata, «accoglie l'idea che la mancanza di congruità rispetto all'obiettivo di prevenzione trasforma automaticamente la restrizione imposta al detenuto (nel caso in esame, l'oscuramento di canali televisivi "innocui") in una compressione illegittima dell'esercizio di un suo diritto: così facendo, la Corte sostanzialmente reintroduce il sindacato del giudice sulla congruità del contenuto del provvedimento *ex art. 41 bis*, per lo meno nello spazio lasciato "scoperto" dalla tipizzazione legislativa».

mente orientata della disciplina in argomento «non possa limitarsi all'ovvia asserzione in base alla quale la tutela giurisdizionale può essere attivata dal singolo detenuto per far valere l'eventuale lesione di un diritto fondamentale» ma debba condurre all'ammissibilità di un controllo in merito all'idoneità, alla necessità ed alla proporzionalità delle restrizioni la cui applicazione non sia stata predeterminata *ex lege*<sup>125</sup>.

In considerazione delle recenti novità legislative a cui si è poc'anzi accennato, si potrebbe forse giungere ad una soluzione diversa. Posto infatti che l'amministrazione è tenuta ad disporre soltanto quelle restrizioni funzionalmente connesse agli obiettivi cui ottempera il regime detentivo speciale – lo afferma la giurisprudenza<sup>126</sup>, lo conferma il disposto dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. («La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle [esigenze di ordine e sicurezza pubblica] e per impedire i collegamenti con l'associazione [criminale, terroristica o eversiva]») <sup>127</sup> –, l'adozione di misure incongrue, configurando un'ipotesi di «cattivo uso del potere» ministeriale<sup>128</sup>, estraneo alle finalità

---

(125) G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012 p. 251 e s. C. FIORIO, *Il carcere «duro» tra giurisdizione ed amministrazione*, cit., p. 2275 sostiene che «almeno sino a quando la norma penitenziaria conterà deleghe “in bianco” a favore del ministro della giustizia, la giurisdizione di sorveglianza, quale giudice dei diritti del detenuto, sarà chiamata a verificare il rispetto di tali limiti da parte dell'esecutivo. Interpretazioni di segno diverso saranno inevitabilmente, ricondotte a Costituzione».

(126) Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, *cit.* nonché, in motivazione, Cass., Sez. I, 25 marzo 2015, n. 32463, P.M. in proc. C.A., in *Diritto e giust.*, 24 luglio 2015 ove si legge che «nella materia *de qua* la norma regolamentare deve essere meramente attuativa delle restrizioni previste dalla legge e dal provvedimento ministeriale e non deve imporre limitazioni che appaiano inutili rispetto allo scopo del regime detentivo speciale».

(127) Oltre a quanto disposto in via generale al secondo comma, l'art. 41-*bis* ord. penit. prevede altri specifici “vincoli funzionali”: è così in relazione alle «misure di elevata sicurezza interna ed esterna» di cui al comma 2-*quater* lett. *a*) laddove si precisa che esse sono adottabili «con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate»; è così in relazione alle «necessarie misure di sicurezza» menzionate al comma 2-*quater* lett. *f*) le quali sono «volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi».

(128) Sulla dicotomia tra «carenza di potere» e «cattivo uso del potere» si fonda uno dei criteri maggiormente impiegati dalla giurisprudenza per decidere sul riparto delle controversie fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa. In particolare, mentre nel primo caso l'amministrazione agisce senza potere con la conseguenza che la posizione giuridica del privato resta di diritto soggettivo, nel secondo essa esercita illegittimamente un potere attribuito da una norma sicché il provvedimento adottato, ancorché illegittimo, è comunque idoneo a degradare il diritto soggettivo in interesse legittimo. Sul punto v. la storica Cass., Sez. Un., 4 luglio 1949, n. 1657, in

per le quali esso è attribuito, potrebbe costituire una violazione di un interesse legittimo di tipo oppositivo vantato dal detenuto nei confronti dell'autorità amministrativa<sup>129</sup> ed essere pertanto censurabile in sede giurisdizionale. Invero, se nel concetto di «esercizio dei diritti» di cui all'art. 69 comma 6 lett. b) ord. penit. non possono farsi rientrare le aspettative di mero fatto ovvero le violazioni meramente formali della normativa che non abbiano arrecato alcun pregiudizio all'interessato<sup>130</sup>, non altrettanto pare possa dirsi per gli interessi legittimi, specie sulla base di quanto affermato dalle Sezioni Unite le quali hanno evidenziato come alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela anche di tali posizioni soggettive<sup>131</sup>.

Se quanto si è sostenuto sin qui corrisponde al vero, si può ritenere esperibile il rimedio di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. ogni qual volta il Guardasigilli, nell'esercizio del suo (residuale) potere discrezionale, imponga misure inconferenti rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza pubblica ed alle finalità di prevenzione cui adempie il “carcere duro”, sempre che siano integrati i canoni dell'attualità e della gravità imposti dal citato art. 69 ord. penit. Ad essere indubbiamente sussistente è, invece, il requisito dell'inosservanza di legge da parte dell'amministrazione in quanto l'adozione di restrizioni incongrue violerebbe, se non altro, gli artt. 3 e 41-*bis* comma 2 ord. penit. là dove la prima disposizione assicura la parità di condizioni fra i detenuti mentre la seconda vieta al Ministro della giustizia di disporre limitazioni non necessarie e meramente vessatorie.

---

*Foro it.*, 1949, f. 1, p. 926. In dottrina cfr., per tutti, P. M. VIPIANA, *Il riparto fra le giurisdizioni*, in C. MIGNONE, P. M. VIPIANA, *Manuale di giustizia amministrativa*, Assago, 2013, p. 41.

(129) Il detenuto sembra infatti vantare un'interesse legittimo affinché le misure adottate ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. penit., in deroga all'ordinario regime trattamentale e quindi al principio di uguaglianza, siano soltanto quelle per la quali la legge conferisce al Ministro della giustizia detto potere, risolvendosi altrimenti in un'irragionevole disparità di trattamento.

(130) Sul punto cfr. F. FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, f. 3, p. 244 e s.; E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, p. 225.

(131) In questo senso Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2961.

## 6. *La decisione del tribunale di sorveglianza e l'“effetto conformativo” dell'ordinanza di accoglimento del reclamo*

Il tribunale di sorveglianza di Roma si pronuncia sul reclamo entro dieci giorni dal ricevimento dello stesso. Tale termine, secondo la giurisprudenza, ha natura ordinatoria (alla medesima stregua di quello dettato dall'art. 14-ter ord. penit.) non essendo prevista alcuna sanzione per la sua inosservanza<sup>132</sup>, di talché, da quest'ultima non può derivare l'inefficacia o la nullità del provvedimento impugnato<sup>133</sup>. Operando un parallelismo tra il presente procedimento di sorveglianza ed il giudizio di riesame in materia cautelare<sup>134</sup>, si può notare che, se da un lato, entrambi gli istituti presentano un “taglio” puramente difensivo<sup>135</sup>, dall'altro, soltanto con riferimento al secondo viene contemplato un effetto caducatorio della misura sottoposta a gravame qualora la decisione del tribunale della libertà non interven- ga entro dieci giorni dalla ricezione degli atti, termine quest'ultimo di natura evi- dentemente perentoria<sup>136</sup>. Peraltro, a voler offrire una ragione giustificativa a tale

(132) In dottrina v. M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1291; D. PETRINI, *op. cit.*, p. 251. Cfr., in senso critico, B. BOCCHINI, *Sull'ampiezza del controllo giurisdizionale in tema di carcere duro*, in *Giur. merito*, 2004, p. 1155; L. FILIPPI, *Proroga del regime di cui all'art. 41 bis ord. penit. e «giudicato di sorveglianza»*, in *G. it.*, 2005, p. 1061 e s. Secondo F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 359 «se le parola hanno un senso, questo deve rispondere, innanzitutto, ad un criterio di ordine semantico *in combine* con la *ratio legis*: se prima non era previsto un termine per la decisione (solamente *per relationem* si mutuava quello di cui all'art. 14-ter ord. penit.), la sua introduzione non può che tradursi nel considerarlo cogente; [...] ogni altra e diversa soluzione si risolverebbe in un'ingiustificata violazione del diritto alla libertà, con parallela violazione degli artt. 3 e 111 comma 2 Cost.».

(133) In questa direzione cfr. Cass., Sez. I, 22 novembre 2012, n. 47950, G., in *CED Cass.*, n. 253859; Cass., Sez. I, 13 dicembre 2007, n. 278, C., in *CED Cass.*, n. 238775; Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, in *Foro it.*, 2005, f. 2, p. 184; Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2658, S., in *CED Cass.*, n. 230547; Cass., Sez. I, 9 dicembre 2004, n. 1928, V., in *CED Cass.*, n. 230434; Cass., Sez. I, 12 novembre 2004, n. 49274, P., in *Riv. pen.*, 2006, f. 1, p. 123. Già prima delle due riforme “organiche” del 2002 e del 2009 la Cassazione aveva ritenuto ordinatorio il termine di dieci giorni previsto dall'art. 14-ter ord. penit. In questo senso v., per tutte, Cass., Sez. I, 15 dicembre 1995, Molinari, in *Cass. pen.*, 1997, p. 547; Cass., Sez. I 9 dicembre 1994, Dallerà, in *CED Cass.*, n. 200348. In giurisprudenza di merito v. Trib. Sorv. Perugia, 22 aprile 2004, M., in *Giur. it.*, 2005, p. 1059; Trib. Sorv. Torino, 19 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, p. 1152.

(134) Non a caso «la procedura attivabile davanti al tribunale della libertà rappresenta l'ortodosso *tertium comparationis* tale da garantire il buon diritto del cittadino ad una pronuncia sui presupposti applicativi di un regime incidente sulla libertà personale, adottato, per di più, da un organo non giurisdizionale». F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione*, cit., p. 359.

(135) In questi termini M. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 1293.

(136) A mente dell'art. 309 comma 9 cod. proc. pen. «entro dieci giorni dalla ricezione degli atti il tribunale, se non deve dichiarare l'inammissibilità della richiesta, annulla, riforma o conferma l'ordinanza oggetto del riesame decidendo anche sulla base degli elementi adottati dalle parti nel corso dell'udienza». Il successivo comma 10 aggiunge che «se la decisione sulla richiesta di riesa-

differente regolamentazione, si potrebbe argomentare in ordine al diverso impatto che il “carcere duro” e le misure cautelari di natura coercitiva esercitano sulla libertà personale del sottoposto: mentre le seconde, rientrando nell'ambito operativo segnato dall'art. 13 Cost., sono vincolate al rispetto delle garanzie poste dalle riserve di legge e di giurisdizione<sup>137</sup>, il primo, sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, incide soltanto sulle modalità di esecuzione della pena, atteso che il potere del Ministro della giustizia è limitato alla sola sospensione di quelle regole ed istituti che già appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione penitenziaria e che si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto<sup>138</sup>. In questo senso, secondo le asserzioni della Consulta, il 41-*bis* risulterebbe insuscettibile di modificare il grado di privazione della libertà personale imposto al soggetto *in vinculis*<sup>139</sup>.

Comunque sia, il fatto che il termine decadale per la decisione sul reclamo abbia natura ordinatoria e sia incompatibile con quello fissato dall'art. 666 comma 3 cod. proc. pen. per la *vocatio in iudicium* delle parti processuali fa sì che il tribunale di sorveglianza si pronunci sistematicamente con grande ritardo rispetto alla scadenza temporale dettata dall'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit.<sup>140</sup>. Questa infelice situazione ha condotto, in passato, ad inaccettabili vuoti di tutela, stigmatizzati a più riprese anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha condannato l'Italia per la violazione del diritto ad un ricorso effettivo sancito all'art. 13 della CEDU nonché del diritto di accesso ad un giudice consacrato dall'art. 6 della medesima Convenzione<sup>141</sup>. Invero, non di rado, l'inosservanza del ter-

---

me o il deposito dell'ordinanza del tribunale in cancelleria non intervengono nei termini prescritti, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata».

(137) Sul punto v., per tutti, V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p. 395 e s.

(138) Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(139) Ancora Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, *cit*.

(140) Non di rado la pronuncia del tribunale di sorveglianza capitolino interviene a distanza di sei mesi dalla presentazione del reclamo.

(141) Per la violazione dell'art. 13 CEDU v. Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, n. 25498/94, Messina c. Italia. La violazione dell'art. 6 CEDU è stata invece rinvenuta da Corte eur. dir. uomo, 30 ottobre 2003, n. 41576/98, Ganci c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 8 febbraio 2005, n. 60915/00, Bifulco c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 2005, n. 53720/00, Gallico c. Italia; Corte eur. dir. Uomo, 10 novembre 2005, n. 56317/00, Argenti c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 4 di-

mine *de quo* da parte dell'organo decidente impediva alla Suprema Corte successivamente adita *ex art.* 666 comma 6 cod. proc. pen. di pronunciarsi prima che il provvedimento ministeriale – il quale, sotto la vigenza della versione originaria dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit., aveva di regola una durata semestrale – perdesse efficacia e venisse quindi “sostituito” da uno nuovo<sup>142</sup>: donde, in questi casi, l'inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse ad impugnare<sup>143</sup>. In talune occasioni il detenuto non riusciva nemmeno ad ottenere una decisione sul merito poiché allo spirare del decreto di sospensione delle ordinarie regole trattamentali il tribunale di sorveglianza non si era ancora pronunciato sul reclamo<sup>144</sup>.

La Corte di Strasburgo, prendendo atto della situazione, ha sottolineato come, in questi casi, il mancato rispetto del termine per decidere abbia ridotto, se non addirittura minato, l'efficacia del sindacato giurisdizionale sul “carcere duro” giacché il controllo esercitato dal tribunale di sorveglianza *in subiecta materia*, pur formalmente garantito, finiva per essere sostanzialmente vanificato<sup>145</sup>.

---

cembre 2007, n. 60395/00, Papalia c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, n. 74912/02, Enea c. Italia, Corte eur. dir. uomo, 6 febbraio 2010, n. 16436/02, Barbaro c. Italia. C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, f. 3, p. 225 sottolinea la differenza tra l'eccepire la violazione dell'art. 6 anziché dell'art. 13 CEDU: mentre in quest'ultimo caso l'inefficienza della tutela giurisdizionale presuppone la violazione di un altro diritto garantito dalla Convenzione, nel primo le disfunzioni del meccanismo del reclamo avverso il “carcere duro” rilevano *ex se* come lesione dell'art. 6 CEDU.

Peraltro, tale disposizione, secondo la Corte, è da ritenersi violata poiché i procedimenti oggetto di contestazione, pur non concernendo la fondatezza di un'accusa penale a carico del ricorrente, costituiscono controversie su diritti e doveri di carattere civile in quanto almeno alcune delle gravi restrizioni imposte con decreto ministeriale – come quelle che limitano i contatti con la famiglia – rientrano chiaramente nell'ambito dei diritti della persona ed hanno quindi natura civile.

(142) Cfr., ad esempio, Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2000, n. 25498/94, Messina c. Italia, *cit.*

(143) V., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 24 marzo 1995, n. 10, Meli, in *Riv. pen.*, 1996, p. 61; Cass., Sez. I, 24 novembre 1995, n. 6047, Bianco, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3770.

(144) In questo caso era il reclamo ad essere dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse ad impugnare. V., per tutte, Corte eur. dir. uomo, 17 novembre 2009, n. 74912/01, Enea c. Italia, *cit.*

(145) Sul punto v. P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1191 e ss.; E. ODDO, *Reclamo avverso il provvedimento ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. e giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 910; E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 754; C. MINNELLA, *op. cit.*, p. 221 e ss.; B. BOCCHINI, *Carceri e sistema penitenziario*, in *Dig. Pen. Agg.*, III, tomo 1, Torino, 2005, p. 137; L. CESARIS, *sub art. 41-bis ord. penit.*, *cit.*, p. 476 e s.

L'ordinamento ha risposto ai moniti europei ponendo rimedio a quest'*impasse*<sup>146</sup>. Per un verso, sul piano normativo, la riforma del 2002 ha dilatato lo *spatium temporis* del decreto ministeriale mentre, per l'altro, in sede pretoria, la Cassazione, ribaltando il precedente orientamento, ha statuito che nonostante la perdita di efficacia del provvedimento il detenuto mantiene intatto l'interesse all'impugnazione e ciò alla luce di quanto previsto dal comma 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* ord. penit. (introdotto con legge 279/02), il quale – come vedremo subito appresso –, in caso di accoglimento del reclamo, obbliga il Ministro, ove intenda disporre un nuovo provvedimento, a tener conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziando elementi nuovi o non valutati in sede giudiziaria<sup>147</sup>.

Tuttavia, nonostante l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che si è qui segnalata, rimane ad oggi insoluta la questione del mancato rispetto del termine per la decisione e la conseguente lentezza del controllo giurisdizionale<sup>148</sup>. Come è stato suggerito in ottica *de lege ferenda* dalla dottrina, si potrebbe rimediare a tale problema prevedendo, da un lato, «una serie di termini congrui per il compimento di alcuni dei diversi segmenti del procedimento di reclamo» tali da imporne «un andamento ritmato», e predisponendo, dall'altro, «un meccanismo sanzionatorio, quale la perdita di efficacia del provvedimento dispositivo del regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit.»<sup>149</sup>.

---

(146) Oltre che dalla Corte di Strasburgo, il nostro Paese è stato “bacchettato” anche dal Consiglio d'Europa il quale, con la Risoluzione interinale ResDH (2005) 56 adottata dal Comitato dei Ministri il 5 luglio 2005, ha esortato le autorità italiane «à adopter rapidement les mesures nécessaires, législatives ou autres, afin d'assurer un contrôle judiciaire rapide et effectif des décisions ordonnant des dérogations au régime pénitentiaire ordinaire ou ordonnant des restrictions du droit des détenus à la correspondance».

(147) Cfr., tra le molte, Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, Zara, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2294; Cass., Sez. V, 21 settembre 2004, n. 43113, Mazzitelli, in *CED Cass.*, n. 230443; Cass., Sez. I, 10 gennaio 2005, n. 2660, Lombardo, in *CED Cass.*, n. 230550; Cass., Sez. I, 28 aprile 2004, n. 23191, Mertoli, in *CED Cass.*, n. 228547. V. da ultimo Cass., Sez. I, 19 marzo 2013, n. 20221, La Torre, in *CED Cass.*, n. 256187 laddove si afferma che il detenuto mantiene interesse ad impugnare anche quando il decreto è scaduto e non è stato più prorogato dal Ministro della giustizia. In dottrina cfr. sull'argomento S. ARDITA, *Sulla permanenza dell'interesse ad impugnare e sull'obbligo di motivazione del provvedimento di reiterazione del regime detentivo speciale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2297 e s.; L. BLASI, *Più garanzie sul “carcere duro”*, in *Dir. giust.*, 2004, f.11, p. 30 e ss.

(148) Come noto, l'eccessiva durata dei procedimenti giurisdizionali rappresenta un questione “sempreverde” che da tempo affligge la giustizia italiana. V., per tutti, G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015*, Roma, 28 gennaio 2016, p. 54 e ss.

(149) In questi termini P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 1194. V. anche F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione*, cit., p. 359; E. ODDO, *op. cit.*, p. 912 ove l'Au-

La decisione del tribunale di sorveglianza a conclusione del giudizio sul reclamo avverso il decreto ministeriale di applicazione o di proroga del “carcere duro” assume la forma dell'ordinanza la quale, alla luce della regola generale contenuta nell'art. 125 comma 3 cod. proc. pen., deve essere motivata a pena di nullità<sup>150</sup>. In questa direzione, l'organo giudicante ha l'obbligo di verificare la logicità, l'attendibilità e la compiutezza dei dati acquisiti<sup>151</sup>, valutando se questi siano idonei a rendere concreto il giudizio circa la pericolosità sociale del detenuto, con specifico riferimento alla sussistenza dei collegamenti (ovvero della capacità di collegamento) tra costui e la compagine criminale operante sul territorio; in caso contrario «la motivazione rischia di divenire vuota tautologia»<sup>152</sup>. In particolare modo, il tribunale di sorveglianza deve sottoporre ad autonomo vaglio critico i rilievi prospettati nel provvedimento ministeriale oggetto di reclamo<sup>153</sup> al fine di accertare se, anche alla luce delle eventuali deduzioni difensive, la “cornice probatoria” delineata dagli organi investigativi sia sufficiente a dimostrare – non in termini di certezza bensì di mera probabilità<sup>154</sup> – l'esistenza dei presupposti per la so-

---

trice sottolinea come la novella del 2002 avesse potuto tenere conto della soluzione prospettata da un emendamento presentato dalla Camera penale del Piemonte occidentale e della Valle d'Aosta secondo cui il tribunale di sorveglianza avrebbe dovuto pronunciarsi entro il termine perentorio di trenta giorni, pena la decadenza del decreto ministeriale, e la Corte di cassazione entro un anno, decorso il quale, in caso di mancata decisione, sarebbe stata preclusa la possibilità di prorogare il “carcere duro”.

(150) Sul punto cfr. P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 216; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 795. Come osserva M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 418 la regola di cui all'articolo da ultimo citato è espressione del principio costituzionale sancito all'art. 111 comma 6 Cost. laddove si prevede che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

(151) Testualmente M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 422.

(152) Così F. GIUNCHEDI, *Linee evolutive della giurisprudenza di legittimità in ordine ai rinnovati standards probatori dell'art. 41 bis ord. penit.*, in *G. it.*, 2005, p. 2359.

(153) Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, Zara, *cit.*; Cass., Sez. I, 15 novembre 2005, n. 43450, Graviano, in *CED Cass.*, n. 233194; Cass., Sez. II, 22 dicembre 2004, n. 5196, Marchese, in *CED Cass.*, n.230743; Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, n. 30431, C.S., *inedita*. F. PICCIRILLO, *Carcere duro, un salutare monito ad evitare ogni automatismo*, in *Dir. giust.*, 2003, f. 4, p. 46, all'indomani della riforma del 2002, evidenziava come il confronto degli atti prodotti dal Ministro a sostegno del provvedimento con i principi che regolano la materia troppo spesso si risolvesse «in una sorta di acquiescenza della Magistratura di sorveglianza rispetto alle determinazioni del Ministro; quasi un atto di “fiducia”».

(154) In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 6 febbraio 2015, n. 18791, C., in *CED Cass.*, n. 263508; Cass., Sez. I, 28 settembre 2005, n. 39760, Emmanuello, in *CED Cass.*, n. 232684; Cass., Sez. I, 29 ottobre 2004, n. 46013, P.G. in proc. Foriglio, in *CED Cass.*, n. 230136. In dottrina v. S. ARDITA, *La costituzionalità del 41-bis e l'obbligo di motivazione della proroga*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1562; V. MACRÌ, *op. cit.*, p. 12.

sospensione delle ordinarie regole del trattamento. In sostanza, il giudice è quindi chiamato a fornire un congruo supporto giustificativo in ordine al proprio convincimento<sup>155</sup>, individuando ed evidenziando gli elementi dai quali emerge il pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica<sup>156</sup> da intendersi quale «concreta possibilità per il condannato di riprendere i vincoli associativi e di continuare ad essere utile alla organizzazione anche all'interno del circuito carcerario ordinario, qualora il regime detentivo differenziato dovesse venire meno»<sup>157</sup>. Peraltro, fermi restando questi principi, è da ritenersi valida l'ordinanza motivata *per relationem* alle note informative delle autorità inquirenti ovvero all'apparato motivazionale del decreto di applicazione o di proroga del «carcere duro»<sup>158</sup>, sempre che le risultanze ivi contenute siano state sottoposte al suddetto vaglio critico<sup>159</sup>.

A mente dell'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. «se il reclamo viene accolto, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo». Tale disposizione – introdotta, come si è anticipato, dalla riforma del 2002 e successivamente sottoposta a *restyling* dalla novella del 2009 nei termini di cui sopra<sup>160</sup> – prende le mosse dalla circostanza che, durante la vigenza dell'originaria versione, il decreto ministeriale di rinnovazione del regime detentivo speciale veniva considerato «del tutto autonomo rispetto a quello rimasto privo di efficacia»<sup>161</sup> sicché l'amministrazione non era vincolata al *dictum* del giudice di sorveglianza e poteva conseguentemente reintrodurre le medesime restrizioni ivi revocate. Di qui la necessità di predisporre un meccanismo tale da impedire la possibilità di perpetuare la sospensione delle ordinarie regole trattamentali sulla base di motivazioni stereotipate e ripetitive, fondate su quegli stessi elementi già posti alla base del prov-

(155) Cass., Sez. I, 4 marzo 2004, n. 19894, Di Martino, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2092.

(156) Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 8056, Madonia, in *Cass. pen.*, 2006, p. 660.

(157) Cass., Sez. I, 27 aprile 2006, n. 14551, P.G. in proc. Di Giacomo, in *CED Cass.*, n. 233944.

(158) M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 422.

(159) Cass., Sez. III, 27 luglio 1999, n. 2698, G.F., in *CED Cass.*, n. 214351.

(160) In merito alla versione *ante riforma* del 2009 v. ampiamente S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 165 e ss.

(161) Così S. ARDITA, *Sulla permanenza dell'interesse ad impugnare*, cit., p. 2297.

vedimento censurato dall'organo decidente<sup>162</sup>. In altri termini, viene oggi introdotto un particolare onere motivazionale a carico dell'autorità amministrativa la quale, al fine della reiterazione del 41-*bis*, è tenuta ad ottemperare a quanto statuito in sede di reclamo, con la conseguenza che il nuovo provvedimento, ove fosse oggetto di impugnazione, verrebbe annullato – senza alcun giudizio sul merito – ogniqualvolta non siano stati evidenziati elementi sopravvenuti alla decisione ovvero preesistenti ma non valutati dal giudice<sup>163</sup>.

Si tratta di un particolare “effetto conformativo”<sup>164</sup> che parte della dottrina riconduce erroneamente al cd. giudicato di sorveglianza<sup>165</sup> ma che tale non è in quanto la pronuncia di accoglimento del reclamo esercita forza cogente sul potere del Ministro della giustizia di reiterare il regime differenziato dal momento stesso in cui è resa, indipendentemente dalla sua intervenuta inoppugnabilità<sup>166</sup>. D'altronde, posto che l'ordinanza decisoria del tribunale di sorveglianza è immediatamente esecutiva (e l'eventuale ricorso per Cassazione, ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit., non ne sospende l'esecuzione), il “carcere duro” viene caducato

---

(162) L. CESARIS, sub art. 41-*bis* ord. penit., cit., p. 481 e s.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 224; L. BLASI, *Il 41bis e il carcere duro per i mafiosi. Sicurezza e garanzie, nodi da sciogliere*, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 16, p. 61; F. GIUNCHEDI, *Regime carcerario differenziato, irrevocabilità allo «stato degli atti» ed «elementi nuovi»*, in *G. it.*, 2005, p. 157 e ss.; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 165; M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 798.

(163) A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 313 e s.; F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *op. cit.*, p. 394.

(164) Analogo effetto viene riconosciuto alle pronunce del giudice amministrativo. Sul punto v., per tutti, C. MIGNONE, *L'esecuzione della sentenza*, in C. MIGNONE, P. M. VIPIANA, *Manuale di giustizia amministrativa*, Assago, 2013, p. 321 e s. il quale evidenzia come il mancato rispetto del *dictum* del giudice da parte della pubblica amministrazione infici il successivo provvedimento amministrativo per violazione di giudicato. In giurisprudenza v. Cons., Sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4563, Min. economia ed altro c. W.T. s.p.a., in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 2489: «La sentenza di annullamento del giudice amministrativo, oltre al c.d. effetto caducatorio o demolitorio (consistente nell'eliminazione dell'atto impugnato), produce ulteriori effetti: quello c.d. ripristinatorio e quello c.d. conformativo. L'effetto conformativo vincola la successiva attività dell'amministrazione di riesercizio del potere perché il giudice, quando accerta l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, stabilisce (in maniera più o meno piena a seconda del tipo di potere che viene esercitato e del vizio riscontrato) quale è il corretto modo di esercizio del potere e fissa quindi la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura. L'effetto ripristinatorio implica la cancellazione delle modificazioni della realtà (giuridica e di fatto) intervenute per effetto dell'atto annullato e cioè l'adeguamento dell'assetto di interessi inesistente prima della pronuncia giurisdizionale e venuto in vita sulla base dell'atto impugnato alla situazione giuridica prodotta dalla pronuncia stessa».

(165) L. FILIPPI, *Proroga del regime*, cit., p. 1062; L. CESARIS, sub art. 41-*bis* ord. penit., cit., p. 482; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 225 e ss.;

(166) M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 465, nt. 152.

sin da subito con la conseguenza che già da quell'istante ha senso ragionare in ordine alla possibilità di una sua rinnovazione. Stando così le cose, delle due l'una: o si ipotizza che il potere reiterativo del Guardasigilli, in attesa del giudizio di legittimità di fronte alla Suprema Corte, resti “congelato” – ma nessuna norma lo prevede ed anzi la logica sembra escluderlo<sup>167</sup> – oppure si deve ammettere che la pronuncia del giudice del merito esplica immediatamente l’“effetto conformativo” in argomento (quantomeno in maniera provvisoria) a prescindere dal suo passaggio in “giudicato”<sup>168</sup>. *Tertium non datur*, poiché sarebbe assurdo ritenere che, fino a quando la Cassazione non decide sul ricorso, l'autorità amministrativa abbia la possibilità di rimettere il provvedimento di sospensione delle ordinarie regole di trattamento in maniera incondizionata, senza “ottemperare” al *dictum* del tribunale di sorveglianza. Invero, a quali conseguenze si assisterebbe nel caso in cui l'ordinanza venisse definitivamente confermata? E che ne sarebbe dell'immediata esecutività della stessa se, in attesa della pronuncia della Suprema Corte, fosse concessa al Ministro la possibilità di rimettere un provvedimento fondato sui medesimi presupposti di quello revocato?

Resta piuttosto da capire che cosa si intenda per «elementi nuovi o non valutati». A questo proposito, la dottrina esclude che possano considerarsi tali le considerazioni di ordine giuridico<sup>169</sup>, atteso che nella nozione di *novum* di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. andrebbero ricompresi soltanto dati di fatto o elementi di natura fenomenica manifestatisi in un momento successivo a quello

---

(167) Infatti, nell'ipotesi in cui il Ministro (successivamente alla pronuncia del tribunale di sorveglianza ma anteriormente a quella della Cassazione) disponga di nuovi elementi a sostegno dell'applicazione del “carcere duro”, non si vede perché debba attendere il passaggio in “giudicato” dell'ordinanza (seppur nella forma del cd. giudicato *rebus sic stantibus*) per poter rimettere un nuovo decreto ex art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. D'altronde, la *ratio* della disposizione in argomento, come si è visto, è quella di impedire che il Ministro possa emettere un provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali sulla base di presupposti ritenuti insufficienti dal giudice. Pertanto, *secundum tenorem rationis*, se prima della pronuncia della Suprema Corte dovessero emergere elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo tali da giustificare le esigenze di prevenzione che sottintendono l'applicazione del regime differenziato, pare corretto ammettere che l'amministrazione possa adoperarsi in tal senso. Situazione questa, comunque, non certo frequente. V., tuttavia, G. M. NAPOLI, *op. cit.*, p. 254 secondo cui «il potere di rinnovazione può essere esercitata da Ministro non dopo il mero annullamento da parte del tribunale di sorveglianza, bensì soltanto quando tale decisione non sia più soggetta ad impugnazione».

(168) In questo senso sembra propendere, in motivazione, il Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2014, n. 5867, Consiglio Ministri ed altro c. I.S.L. ed altro, *inedita*.

(169) F. GIUNCHEDI, *Regime carcerario differenziato*, cit., p. 158.

della decisione, ovvero prima di questa, ma non conosciuti o valutati dal giudice<sup>170</sup>.

### **7. Il ricorso per Cassazione e la sospensione cautelare dell'ordinanza decisoria in pendenza del giudizio di legittimità**

A norma dell'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit., avverso la pronuncia del tribunale di sorveglianza può essere proposto ricorso per Cassazione per violazione di legge entro dieci giorni dalla comunicazione dell'ordinanza decisoria. La previsione di un termine breve (ancora una volta decadale)<sup>171</sup> lascia trasparire la volontà del legislatore di addivenire ad una decisione in tempi celeri, evitando che la lungaggine del procedimento possa pregiudicare l'effettività della tutela giurisdizionale garantita al soggetto *in vinculis*<sup>172</sup>. Ciononostante, il nobile intento perseguito dalla disposizione *de qua* può facilmente essere frustrato dall'eventuale tardività della pronuncia del giudice del merito, la quale, dilatando la durata del giudizio, posticipa il controllo di legittimità esercitato dalla Suprema Corte<sup>173</sup>.

Oltre che al detenuto, all'internato, al difensore ed al procuratore generale presso la corte d'appello, la legittimazione ad impugnare è stata estesa, ad opera della riforma del 2009, altresì al procuratore di cui al comma 2-*bis* dell'art. 41-*bis* ord. penit. (quello, cioè, che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice precedente) nonché al procuratore nazionale antimafia. Tale statuzione – da intendersi quale logica conseguenza dell'ampliamento dei soggetti titolari delle funzioni requirenti all'interno del procedimento per reclamo<sup>174</sup> – sembra

---

(170) P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 225 e s.

(171) La disciplina generale dettata dall'art. 585 comma 1 lett. a) cod. proc. pen. prevede invece che con riferimento ai provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio il termine per proporre impugnazione è, per ciascuna delle parti, di quindici giorni.

(172) P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 220. Secondo A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 312 e s. la disposizione *de qua* «assume un'indebita valenza acceleratoria che, piuttosto, avrebbe meritato di essere coniugata, in un'ottica di garanzia, ai tempi della decisione nel merito del tribunale di sorveglianza».

(173) Si noti che in materia di misure cautelari personali l'art. 311 comma 5 cod. proc. pen. prevede che la Corte di cassazione decida sul ricorso entro il termine (per quanto ordinatorio) di trenta giorni dalla ricezione degli atti. Analoga disposizione è dettata dall'art. 10 comma 3 del codice antimafia. Secondo D. PETRINI, *op. cit.*, p. 251 «si sarebbe forse potuto introdurre un limite temporale [...] anche per la decisione della Corte di cassazione».

(174) Per questa considerazione v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 428.

derogare all'art. 666 comma 6 cod. proc. pen. a mente del quale il potere di ricorrere in Cassazione spetta alle «parti» (e ai difensori), là dove la giurisprudenza<sup>175</sup> considera «parte» solo l'organo del pubblico ministero che ha effettivamente partecipato all'udienza. Di talché, la specificazione operata dall'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. pare intenda qualificare tutti gli uffici ivi indicati come disgiuntamente legittimati ad esperire il ricorso, quand'anche nessun loro rappresentante abbia presenziato al contraddittorio camerale, con la conseguenza che l'ordinanza conclusiva del procedimento di sorveglianza deve essere comunicata a ciascuno di essi<sup>176</sup>.

La *cognitio* della Suprema Corte – che con riferimento alle ordinanze emesse all'esito dell'ordinario rito di sorveglianza «è estesa a tutti i motivi previsti dall'art. 606 cod. proc. pen.»<sup>177</sup> – nel giudizio di legittimità in materia di “carcere duro” è circoscritta alla «violazione di legge», per cui il sindacato giurisdizionale *de quo*, per pacifico arresto interpretativo, abbraccia l'inosservanza di disposizioni sostanziali e processuali nonché la mancanza di motivazione, la quale deve ritenersi censurabile in tutti i casi in cui difetti graficamente ovvero risulti del tutto priva dei requisiti minimi di coerenza, completezza e di logicità, al punto da risultare meramente apparente o assolutamente inidonea a rendere comprensibile l'*iter* logico seguito dal giudice di merito per ritenere giustificato il provvedimento sottoposto al suo esame, ovvero quando esponga linee argomentative talmente sordinate e carenti dei necessari passaggi logici da far rimanere oscure le ragioni che hanno fondato la decisione<sup>178</sup>. Come si vede, tali gravi patologie dell'apparato giustificativo possono essere dedotte nel ricorso in quanto riconducibili all'*error in*

---

(175) V. Cass., Sez. I, 21 maggio 1994, P.M. in proc. Rossetti, in *Riv. pen.*, 1995, p. 814.

(176) Cfr. le puntuali osservazioni di M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 427 e s.

(177) Così Cass., Sez. Un., 27 giugno 2006, n. 31461, Passamani, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3976.

(178) In questo senso, *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Pellegrino, in *CED Cass.*, n. 224611; Cass., Sez. I, 9 novembre 2004, n. 48494, Santapaola, in *CED Cass.*, n. 230203; Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2010, n. 7651, Mannino, in *CED Cass.*, n. 246172; Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, n. 5338, Ganci, in *CED Cass.*, n. 226628; Cass., Sez. I, 19 ottobre 2005, n. 41717, Madonia, in *CED Cass.*, n. 232889; Cass., Sez. I, 7 marzo 2008, n. 14016, Belforte, in *CED Cass.*, n. 240141; Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2003, n. 15107, Criaco e altro, in *CED Cass.*, n. 229305; Cass., Sez. Un., 29 maggio 2008, n. 25932, Ivanov, in *CED Cass.*, n. 239692; Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2004, Ferrazzi, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1913; Cass., Sez. VII, 10 marzo 2016, n. 19290, Giuliano, *inedita*.

*procedendo* a sensi dell'art. 606 comma 1 lett. c) in relazione agli artt. 125 comma 3 cod. proc. pen. e 111 comma 6 Cost., là dove prescrivono l'obbligo di motivare il provvedimenti giurisdizionali<sup>179</sup>. Per contro, restano esclusi dall'ambito cognitivo del giudice i vizi di cui all'art. 606 comma 1 lett. e) cod. proc. pen., vale a dire la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione, nonché la mancanza della stessa qualora detta mancanza non sia sanzionata come violazione di norma processuale a pena di nullità<sup>180</sup>. Sul punto, si è precisato che il limite del sindacato della Corte di cassazione, così come regolamentato dall'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit., comporta altresì la impossibilità di rilevare l'omessa enunciazione delle ragioni per cui il tribunale non abbia ritenuto rilevanti taluni argomenti della difesa o documentazione prodotta dalla medesima, sempre che i dati assunti a fondamento della decisione siano sufficienti a sostenerla e non risultino intrinsecamente apparenti o fittizi<sup>181</sup>.

Da quanto detto discende che, qualora il ricorso venga proposto per motivi differenti dalla violazione di legge, esso verrà dichiarato inammissibile in applicazione della regola enunciata dall'art. 606 comma 3 cod. proc. pen. e secondo la procedura delineata all'art. 610 comma 1 cod. proc. pen.

In dottrina si è osservato come la decisione di restringere l'ambito cognitivo del giudice di legittimità al solo vizio in argomento presti il fianco a obiezioni di ortodossia costituzionale con specifico riferimento al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 comma 1 Cost. poiché, «qualsiasi sia il sistema normativo individuato quale *tertium comparationis*, la limitazione dei motivi di ricorso prevista dall'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit. appare del tutto ingiustificata e discriminatoria»<sup>182</sup>.

Vero è che la disposizione di cui trattasi ripropone una scelta legislativa andata consolidandosi nel particolare settore delle misure di prevenzione – analogo, perlomeno da un punto di vista teleologico, alla materia del “carcere duro” –

(179) Sul punto, v. per tutti M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 434.

(180) Cfr. Cass., Sez. I, 9 maggio 2006, n. 19093, Strisciuglio, in *CED Cass.*, n. 234179.

(181) Per questo orientamento giurisprudenziale v. Cass., Sez. I, 6 maggio 2014, n. 37351, T.G., in *CED Cass.*, n. 260805.

(182) In questi termini e per ampie considerazioni sul punto v. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 436.

là dove l'art. 10 comma 3 del codice antimafia, in un'ottica di continuità rispetto a quanto sancito a suo tempo già dall'art. 4 legge 27 dicembre 1956 n. 1423, circoscrive la *cognitio* della Suprema Corte alla sola «violazione di legge». Nondimeno, non è certo questa considerazione a sciogliere le riserve prospettate in dottrina poiché il problema sembra solo allargarsi, restando difficile comprendere le ragioni di una simile impostazione normativa in ordine a provvedimenti comunque incidenti sulla libertà personale del sottoposto come le misure di prevenzione o il 41-*bis*, specie se si assume quale termine di confronto la disciplina del procedimento cautelare ove, salvo il caso dell'impugnazione *omisso medio* di cui all'art. 311 comma 2 cod. proc. pen., il giudizio di Cassazione è esteso a tutti i motivi enunciati dall'art. 606 cod. proc. pen. E neppure può bastare ad alleviare i dubbi circa la bontà della scelta legislativa di cui sopra “l'assoluzione” della Consulta che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del citato art. 4 legge 27 dicembre 1956 n. 1423 nella parte in cui, limitando alla sola violazione di legge il ricorso contro il decreto della Corte d'appello, esclude la ricorribilità in Cassazione per vizio di manifesta illogicità della motivazione, ha dichiarato non fondata la questione, sollevata in rapporto agli artt. 3 e 24 Cost., poiché «le forme di esercizio del diritto di difesa possono essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione, con la conseguenza che i vizi della motivazione possono essere variamente considerati a seconda del tipo di decisione a cui ineriscono, non potendosi, al contrario, ritenere che il risultato perseguito dal rimettente costituisca una soluzione costituzionalmente obbligata»<sup>183</sup>.

La proposizione del ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza im-

---

(183) Così Corte cost., sent. 5 novembre 2004, n. 321, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

Peraltro, con riferimento alla disciplina del regime differenziato, l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 41-*bis* ord. penit., proposta per un preteso *vulnus* al diritto al doppio grado di giurisdizione in materia penale dovuto al fatto che l'impugnazione davanti alla Suprema Corte è limitata al solo caso della violazione di legge e non anche del vizio di motivazione, è stata dichiarata manifestamente infondata dalla Cassazione «atteso che il diritto ad un doppio grado di giurisdizione in materia penale, anche se fosse ritenuto estensibile ad un procedimento speciale come quello di sorveglianza, non può essere inteso come garanzia del diritto ad un doppio grado di giurisdizione di merito, bensì come riconoscimento del diritto, per l'imputato, ad avvalersi, contro la pronuncia di condanna (nel caso specifico contro il provvedimento di rigetto del reclamo), di mezzi ordinari di impugnazione o di revisione di qualsiasi portata presso un altro organo giurisdizionale». Così Cass., Sez. I, 10 ottobre 2014, n. 45161, C.G., in *Dir. e giust.*, 3 novembre 2014.

pugnata la quale produrrà quindi immediatamente l'effetto di caducare il decreto ministeriale con conseguente revoca del “carcere duro”. Sul punto si segnala un isolato filone giurisprudenziale che, in passato, ha ammesso la possibilità, per il giudice collegiale specializzato, di sospendere l'efficacia della decisione di accoglimento del reclamo in pendenza del giudizio di Cassazione promosso dal Procuratore generale<sup>184</sup>. Nonostante l'esplicito disposto dell'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* ord. penit., i tribunali di merito che hanno fatto proprio tale orientamento sono infatti giunti ad affermare l'applicabilità, anche *in subiecta materia*, della previsione di cui all'art. 666 comma 7 cod. proc. pen. a mente del quale «il ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza, a meno che il giudice che l'ha emessa disponga diversamente». L'assunto, per quanto comprensibilmente ispirato alla logica della prudenza, in un settore di estrema delicatezza come quello del “carcere duro”<sup>185</sup>, non sembra tuttavia condivisibile dal punto di vista giuridico poiché, a meno di non voler privare di ogni valore precettivo la norma di cui al comma 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* ord. penit., riducendola ad una mera ripetizione (parziale) dell'art. 666 comma 7 cod. proc. pen., non resta che riconoscerle portata derogatoria di tale ultima disposizione, la cui applicabilità in tema di regime differenziato viene conseguentemente esclusa dal principio *lex specialis derogat legi generalis*<sup>186</sup>.

Il ricorso è trasmesso «senza ritardo» alla Corte di cassazione<sup>187</sup>. L'impiego

---

(184) In tal senso Trib. Sorv. Roma, 23 maggio 2003, Bastone, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1529; Trib. Sorv. Roma, 24 giugno 2003, Bastone, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1528. In dottrina, propende per la medesima conclusione S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 146 e ss.

(185) Come si evidenzia in *Senato della Repubblica. XV Legislatura. Relazione sullo stato di attuazione della legge recante modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, (Triennio 2003-2005), Doc. CCXXXI n. 1, p. 13, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it). L'annullamento del decreto ministeriale ed il conseguente venir meno del “carcere duro” comportano sempre effetti irretrattabili posto che, a seguito di ciò, il soggetto *in vinculis* viene trasferito ad una diversa sede penitenziaria e “restituito” all'ordinario regime di detenzione. «Per questa ragione anche in caso di ripristino della misura – per intervento della Cassazione o per nuova applicazione della disciplina – vi sono comunque dei pregiudizi che non possono essere evitati: immissione in altri contesti detentivi; instaurazione di nuovi contatti; assunzione di informazioni provenienti dall'esterno; possibilità di comunicare o ricevere disposizioni».

(186) V. anche A. GAITO, *Primi disorientamenti giurisprudenziali in tema di controlli sull'esecuzione penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1532; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 441; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 222.

(187) I ricorsi in materia di regime detentivo speciale (in quanto rientranti in materia di ordinamento penitenziario) sono di competenza della Prima sezione della Corte di cassazione, salvi quel-

di simile locuzione da parte del legislatore, cui corrisponde la mancata previsione di un termine compiutamente definito, diluendo la regola enunciata dal combinato disposto degli artt. 123 comma 1 cod. proc. pen. e 44 disp. att. c.p.p.<sup>188</sup>, non garantisce tempi serrati e certi per la trasmissione dell'atto di impugnazione<sup>189</sup> e si pone in antitesi con le esigenze di celerità alle quali dovrebbe invece informarsi il giudizio in materia di “carcere duro”.

Per il procedimento di fronte alla Suprema Corte si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni generali sulle impugnazioni e quelle previste agli artt. 610 e seguenti cod. proc. pen. In particolar modo si osserva il rito camerale non partecipato delineato dall'art. 611 cod. proc. pen. per cui la Corte «giudica sui motivi, sulle richieste del procuratore generale e sulle memorie delle altre parti senza intervento dei difensori». Il contraddittorio è, quindi, meramente cartolare con la possibilità di presentare motivi nuovi e memorie fino a quindici giorni prima dell'udienza nonché memorie di replica fino a cinque giorni prima<sup>190</sup>.

Decorsi i termini per impugnare ovvero esauriti i mezzi di impugnazione, l'ordinanza del tribunale di sorveglianza diventa irrevocabile e passa in giudicato, seppur nelle forme del cd. giudicato *rebus sic stantibus*<sup>191</sup>. Ciò implica non meno di due importanti conseguenze. In primo luogo, laddove la Cassazione dovesse annullare la decisione di accoglimento del reclamo, il particolare effetto confor-

---

li per i quali sia stata rilevata una causa di inammissibilità *ex art.* 610 cod. proc. pen. che appartengono invece alla competenza della Settima sezione. Si noti invece che i ricorsi avverso provvedimenti emessi in procedimenti per fatti di criminalità organizzata o terroristica e quelli avverso provvedimenti di prevenzione personali e reali emessi ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159 sono introitati per il primo trimestre dalla Sesta sezione penale; per il secondo trimestre dalla Quinta sezione penale; per il terzo trimestre dalla Prima sezione penale; per il quarto trimestre dalla Seconda sezione penale. Per queste indicazioni v. *Corte Suprema di Cassazione, Decreto 6 maggio 2013*, a firma del Primo Presidente, dott. Ernesto Lupo.

(188) In questi termini A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 313, nt. 66. V. anche F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *op. cit.*, p. 393. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 123 comma 1 cod. proc. pen. e 44 disp. att. c.p.p. le impugnazioni, le richieste e le altre dichiarazioni formulate dall'imputato detenuto o internato, con atto ricevuto dal direttore, sono comunicate nel giorno stesso, o al più tardi nel giorno successivo, all'autorità giudiziaria competente mediante estratto o copia autentica, anche per mezzo di lettera raccomandata.

(189) P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 222, nt. 306.

(190) Cfr. sul punto M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 796 e s.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 222 e s.

(191) Sul tema del giudicato di sorveglianza allo stato degli atti v., per tutti, M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 463 e ss.; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 152 e ss.

mativo prodotto dalla pronuncia del giudice di merito verrebbe caducato – con conseguente possibilità per il Guardasigilli di reinserire il detenuto nel “circuito” *extra ordinem* sulla base del provvedimento ministeriale in precedenza censurato dal tribunale di sorveglianza –, viceversa assumerebbe il carattere della “definitività”. In secondo luogo, qualora a passare in giudicato fosse il rigetto del reclamo, il detenuto potrebbe impugnare *ex artt. 35-bis e 69 ord. penit.* il silenzio-diniego dell'amministrazione in ordine alla successiva richiesta di revoca del regime differenziato soltanto ove fosse mutata la situazione di fatto sottostante, pena l'inammissibilità della richiesta a norma dell'art. 666 comma 2 cod. proc. pen.



## CONCLUSIONI

Come si è notato a più riprese nel corso del presente lavoro, l'art. 41-*bis* ord. penit. ed, in particolar modo, il regime detentivo speciale disciplinato dal suo secondo comma esplicano un'importante funzione preventiva, di contrasto alla criminalità organizzata, e, con ciò, adempiono ad istanze securitarie che, perlomeno in questo settore, si fanno assai consistenti. Si è, tuttavia, altresì osservato come la protensione dell'istituto verso simili esigenze comporti, quale ineluttabile conseguenza, una serie di limitazioni alla libertà dei detenuti ad esso sottoposti che finiscono per incidere su diritti e guarentigie consacrati dalla Costituzione nonché, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: del resto, nessuna società è in grado di «conservare immutato il proprio sistema di garanzie in uno stato dilagante di criminalità [...] poiché la “razionalità” del diritto penale può cedere alle richieste collettive di sicurezza»<sup>192</sup>. Orbene, questo “funambolico” quadro, ove ci si trova a dover stabilire un giusto equilibrio tra istanze di salvaguardia dell'ordine pubblico e tutela dei diritti fondamentali, induce ad alcune riflessioni.

Anzitutto si deve prendere atto che quella della sicurezza è una questione di centrale importanza e come tale va trattata poiché minimizzarne il rilievo o adoperarla, al contrario, come *captatio benevolentiae* finirebbe, in maniera inevitabile, per produrre conseguenze destabilizzanti, soprattutto se in ballo c'è la mafia. Non è, infatti, agevole disconoscere il grave *vulnus* per lo Stato di diritto, per le istituzioni democratiche e per la società civile che deriva dall'esistenza, dall'operatività e dalla (continua) espansione di questa forma di delinquenza, con ricadute di segno negativo sui diritti e sui principi che la Carta fondamentale consacra<sup>193</sup>. Si

---

(192) Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011 p. 708.

(193) Sul punto v. F. MANTOVANI, *Mafia: la criminalità più pericolosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 19 e s.

pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai devastanti effetti che produce in ordine al diritto alla salute dei consociati (art. 32 Cost.), alla libertà di voto (art. 48 Cost.), alla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), ecc.

Emerge, quindi, in tutta evidenza la necessità e la doverosità di un'azione di contrasto a tutto campo, che non si fermi soltanto alla mera repressione penale ma che operi anche sul piano culturale, sociale, economico, politico. D'altronde, se è vero che la mafia non è tanto un'entità quanto piuttosto un sistema di relazioni, e quindi di potere, per combatterla occorre prima di tutto liberare lo Stato-apparato e lo Stato-società dalla loro connessione con essa. «Solo allora sarà possibile, se sarà ancora necessaria, la lotta contro la mafia, intesa come antitesi tra Stato e mafia»<sup>194</sup>. Cionondimeno, non è seriamente pensabile di poter conseguire consistenti risultati in questa “partita” senza l'imprescindibile apporto di strumenti normativi volti alla repressione del crimine organizzato, specie là dove la concomitante azione di contrasto esercitata sugli altri fronti stenti a fare breccia.

In tal senso, rifuggendo da fallaci garantismi unilaterali – ove a ricevere tutela è soltanto il reo e non anche la vittima –<sup>195</sup> si osserva come il sistema penale debba, al contrario, esplicitare la duplice funzione di limite alla libertà e, contemporaneamente, di strumento di libertà, il tutto in equilibrata sintesi tra difesa della *salus populi* e salvaguardia del singolo individuo<sup>196</sup>. Peraltro, anche la Costituzione stessa, pur enunciando una vasta sfera di principi ispirati a questa seconda esigenza, non manca di prestare tutela anche alla prima. Non sembra, infatti, azzardato sostenere che l'art. 2 Cost., là dove afferma che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», di fatto implichi l'adozione di misure volte a proteggere la collettività e quindi a ridurre la probabilità della commissione di reati; pare altrettanto plausibile che le azioni delittuose, specie se realizzate

---

(194) Per queste considerazioni v. A. BARATTA, *Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficacia e garanzia*, Napoli, 1999, p. 105 e s.

(195) F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1010 e s. ritiene che il garantismo unilaterale sia un fattore che concorre allo smembramento del sistema penale.

(196) Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. XL.

da potenti associazioni criminali, possano assurgere ad «ostacoli di ordine [...] sociale» impeditivi di un pieno sviluppo della persona umana che l'art. 3 comma 2 Cost. prescrive di rimuovere<sup>197</sup>.

In definitiva, quindi, l'azione statale di contrasto al crimine organizzato non solo è legittima, ma si configura anche come doverosa. Di più. La specificità e la complessità di un fenomeno delinquenziale di tal fatta – nettamente distinto dalla devianza del singolo – sommata all'inettitudine dei mezzi ordinari ad essere proficuamente impiegati nella lotta allo stesso, impongono la predisposizione di strumenti normativi speciali, appositamente calibrati sulle caratteristiche del “bersaglio” da colpire<sup>198</sup>. Si pensi alle fattispecie associative *ad hoc*, alle attenuanti e ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia, alle misure di prevenzione personali e patrimoniali, alle disposizioni contro le “infiltrazioni” mafiose nelle amministrazioni locali<sup>199</sup>. È questa la ragione per cui l'ordinamento ha dato luogo ad una normativa peculiare che, rompendo i canoni tradizionali cui è ispirata la legislazione ordinaria, si propone di disarticolare le organizzazioni criminali<sup>200</sup>. E così, ad esempio sul piano penalistico, si registra l'abbandono del paradigma fondato sull'idea che la compressione della libertà personale possa giustificarsi solo come reazione ad un fatto tipico, proporzionata alla gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto medesimo, per accogliere un modello completamente distinto, ispirato alle necessità di offrire una tutela anticipata rispetto ai diritti dei consociati<sup>201</sup>. Certo, il diritto speciale non rappresenta il modello ideale di diritto ma se l'alternativa è tra la rassegnazione ad una società dominata dal crimine organizzato e, più

---

(197) V., per tutti, S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass., pen.*, 2009, p. 2222 e s.

(198) Per queste considerazioni v. A. PAGLIARO, *Aspetti di politica criminale nella lotta contro la mafia*, in *Criminalità organizzata fra repressione e prevenzione. Convegno di studio Taormina, Messina 13-14-15 novembre 1992*, Messina, 1994, p. 81 e s.

(199) Per una panoramica v. G. FIANDACA, *Lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana*, in G. FORNASARI (a cura di), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padova, 2002, p. 1 e ss.

(200) S. ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis o. p.*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 360 e ss.

(201) F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 1359.

realisticamente, il ricorso a politiche di contrasto adeguate<sup>202</sup>, non sembra facilmente biasimabile – almeno ad avviso di chi scrive – la predisposizione di strumenti normativi volti a salvaguardare l'ordine e la sicurezza pubblica.

Le considerazioni che precedono non possono tuttavia legittimare l'idea che l'ordinamento, dinanzi all'esigenza di fronteggiare la peggiore criminalità, possa vantare “carta bianca”. Infatti, la necessità che lo Stato operi in ossequio ai valori in cui esso si riconosce non gode certo di minore importanza rispetto alle istanze di difesa sociale e fa sì che neppure la lotta alla mafia possa giustificare l'abdicazione dei principi fondamentali consacrati dalla Costituzione e dalle Carte internazionali di cui l'Italia è firmataria<sup>203</sup>. Vi sono infatti dei limiti che l'ordinamento, quand'anche “pressato” da una simile realtà delinquenziale, non può mai esimersi di rispettare poiché diversamente finirebbe, in maniera del tutto deprecabile, per assumere le vesti di «organizzazione criminale camuffata da Stato»<sup>204</sup>. Per giustificare questo assunto basta riflettere con attenzione a quanto si è detto sopra. Infatti, dall'affermazione che la mafia nel suo esistere, nel suo operare e nel suo espandersi lede o rende illegittimamente ineffettivi taluni diritti garantiti dalla Carta fondamentale consegue che la lotta a questa forma di delinquenza non può essere altro che una lotta per la Costituzione stessa: in tal senso, è evidente che la rinuncia ad osservare i principi ivi consacrati finisce per opporre ed aggiungere alla criminalità organizzata una “criminalità di Stato”. Un conto è bilanciare la compressione dei diritti con la tutela delle istanze securitarie – cosa legittima e tollerabile in un Paese democratico – altro è obliterare e misconoscere i valori liberal-garantistici su cui quel Paese si fonda.

Viene allora da chiedersi, anche in ottica *de iure condendo*, come il regime detentivo speciale disciplinato dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. si inserisca nel quadro sinteticamente fotografato in queste pagine. Infatti, la logica di una differenziazione trattamentale nei confronti di detenuti socialmente pericolosi come

---

(202) F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 485.

(203) Ampiamente A. BARATTA, *op. cit.*, p. 114 e ss.

(204) A. PAGLIARO, “*Diritto penale del nemico*”: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2469.

quelli provenienti dalle organizzazioni criminali rientra appieno in quel diritto eccezionale che, derogando alla disciplina ordinaria e ponderando istanze securitarie e tutela dei singoli, mira a disarticolare le compagini mafiose. D'altronde, l'esperienza giudiziaria ha permesso di evidenziare come, in passato, queste ultime continuassero ad «usufruire dell'attività propositiva ed organizzativa proveniente dal [loro] esponente, collocato temporaneamente o stabilmente, all'interno della struttura carceraria» la quale, pertanto, non rappresentava un serio ostacolo alla *perpetuatio delicti* dei soggetti collocati in posizioni di vertice nell'ambito delle associazioni delinquenziali di provenienza<sup>205</sup>. Di talché si è imposta la necessità di intervenire sugli istituti penitenziari al fine di impedire che gli stessi possano continuare ad essere distolti dalla loro naturale funzione rieducativa e venire surrettiziamente adoperati per mantenere collegamenti con l'organizzazione, impartendo ordini o direttive ai sodali in libertà. Certo, è utopico pensare che mediante l'applicazione della disciplina *extra ordinem* le opportunità di contatto con l'esterno vengano ridotte a zero poiché ciò è fisiologicamente, ancor prima che giuridicamente, impossibile; è tuttavia verosimile ritenere che l'istituto produca un contingentamento delle relazioni tra il soggetto *in vinculis* e la *societas sceleris* che ne fa uno strumento comunque imprescindibile.

La questione non sembra quindi tanto quella di stabilire se la differenziazione trattamentale dei detenuti per criminalità organizzata sia legittima, quanto piuttosto quella di analizzare le singole modalità con cui la stessa viene attuata al fine di accertare il rispetto dei limiti insuperabili in un Paese democratico. A tal fine, è in primo luogo necessario prendere atto che una misura derogatoria *in peius* rispetto all'ordinario trattamento in tanto può dirsi legittima in quanto teleologicamente vincolata al “fisiologico” obiettivo di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica<sup>206</sup>. Diversamente, la compressione dei diritti della persona *in vinculis* che l'applicazione del “carcere duro” impone non troverebbe giustifica-

---

(205) V. MACRÌ, *Art. 41 bis, 2° comma, O.P.*, in *Consiglio superiore della magistratura, Incontro di studio dal titolo: Il regime speciale di cui all'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: confronto sulle questioni aperte*, Roma, 2007, reperibile al sito [www.csm.it](http://www.csm.it), p. 2.

(206) V. sul punto *Stati generali dell'esecuzione penale, Documento finale*, reperibile al sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), p. 58.

zione, secondo la logica del bilanciamento degli interessi, nelle esigenze securitarie ma finirebbe per essere unicamente indirizzata, più o meno consapevolmente, verso finalità di maggior afflizione e retribuzione della pena, ben più difficili da legittimare. E allora, per quale ragione è inibita ai detenuti sottoposti al “carcere duro” di cuocere cibi? Perché ad essi veniva impedito di effettuare colloqui con i figli o nipoti infra-dodicenni senza contestuale presenza, al di là del vetro divisorio, degli altri familiari maggiorenni?

Parimenti, sembra assai arduo giustificare una limitazione della libertà personale che sia sovrabbondante rispetto ad esigenze meritevoli di tutela come quelle di sicurezza poiché, anche in questo caso, la misura applicata esorbiterebbe, seppur parzialmente, da ciò che è funzionale al contrasto della criminalità organizzata, rischiando di sconfinare in territori che appartengono al “diritto penale del nemico”. Anche sotto questo aspetto, il regime speciale mostra alcune criticità, ad esempio con riguardo alla rigida restrizione dei colloqui ad uno solo al mese, alla limitazione delle ore d'aria nel massimo di due al giorno, alla predisposizione delle “aree riservate”: tutte misure che, sul piano del rapporto costi-benefici, finiscono per presentare un saldo negativo.

Infine, è necessario prendere contezza del fatto che nessuna esigenza di salvaguardia della *salus populi* può mai legittimare l'adozione di strumenti incompatibili con i più elementari principi di civiltà. In questo senso – astraendo dal recente “caso Provenzano”, sul quale ha, peraltro, avuto modo di pronunciarsi anche la Cassazione, confermando la compatibilità delle misure imposte con lo stato di degenza del detenuto<sup>207</sup> – si può infatti affermare, senza tema di smentite, che il diritto alla salute costituisce limite invalicabile oltre il quale il regime speciale non può spingersi senza violare gravemente la Costituzione specie là dove riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) e impegna la Repubblica a tutelare la salute non solo come fondamentale diritto dell'individuo ma anche come interesse della collettività (art. 32 Cost.). Allo stesso modo, l'applicazione del “carcere duro” incontra una barriera insuperabile nella dignità la quale, a differenza della libertà, non è suscettibile di bilanciamento con esigenze di sicurezza

---

(207) Cass., Sez. I, 9 giugno 2015, n. 38813, Provenzano, *inedita*.

poiché gli artt. 27 comma 3 Cost. e 3 CEDU sono categorici nel sancire che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» e che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Alla luce di queste riflessioni, in prospettiva *de iure condendo* appaiono assai apprezzabili le proposte avanzate dagli Stati generali dell'esecuzione penale e le raccomandazioni effettuate dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato poiché prevalentemente finalizzate – secondo la logica del “minimo sacrificio necessario” – a dare al 41-*bis* una veste più tollerabile, senza con questo lobotomizzare l'istituto. Infatti, qualora tali indicazioni trovassero un seguito, il “carcere duro”, pur mantenendo inalterata la propria efficacia, perderebbe quei connotati di afflittività, difficilmente compatibili con la Carta fondamentale.

In conclusione si può affermare che fino a quando – con un'azione di contrasto sinergica di natura culturale, sociale, economica e politica, ancor prima che legislativa – non si sarà posto rimedio all'annoso problema della mafia, ci si dovrà rassegnare a convivere con uno strumento di cui si farebbe volentieri a meno ma di cui a meno non si può fare. D'altronde, il regime differenziato – alla medesima stregua di quanto si è detto con riferimento alla progressiva istituzionalizzazione di un sottosistema antimafia e, quindi, di un “doppio binario” – costituisce un istituto non certo ideale e resta una presenza scomoda, specie se collocato nell'ambito di un ordinamento penitenziario che aspira a far sì che il principio del finalismo rieducativo della pena non rimanga «una retorica declamazione»<sup>208</sup>. Nondimeno, «vale sempre l'eloquente monito che ogni società ha la criminalità e il diritto penale che si merita, che la seguono come la propria ombra. E la propria cattiva coscienza»<sup>209</sup>.

---

(208) Così *Stati generali dell'esecuzione penale, Documento finale*, cit., p. 9.

(209) Testualmente, F. MANTOVANI, *Insicurezza*, cit., p. 1015.



**BIBLIOGRAFIA**

- G. ALBERTI, *In tema di limitazioni del diritto alla corrispondenza per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis o.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2016
- F. ALESSANDRONI, *Videoconferenze giudiziarie: la partecipazione al procedimento penale a distanza e l'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia*, in *Studium iuris*, 1998, p. 345
- S. ARDITA, *I presupposti della proroga del provvedimento di applicazione del regime 41-bis ord. penit. dopo la novella della l. n. 279 del 2002*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3404
- S. ARDITA, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, p. 249
- S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4
- S. ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis o. p.*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 349
- S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007
- S. ARDITA, *La Cassazione sancisce l'obbligo di motivare anche la prova negativa*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3085
- S. ARDITA, *La costituzionalità del 41-bis e l'obbligo di motivazione della proroga*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1561
- S. ARDITA, *La funzione di prevenzione antimafia quale presupposto e limite costituzionale dell'istituto del regime detentivo speciale*, in M. BARILLARO (a cura di), *Terrorismo e crimini contro lo stato. Legislazione attuale e azioni di contrasto*, Milano, 2005, p. 121
- S. ARDITA, *La nuova legge sui collaboratori e sui testimoni di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1698

- S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 717
- S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, f. 3, p. 41
- S. ARDITA, *Lo scioglimento del cumulo e le esigenze di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1898
- S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione e valutazioni di legittimità nell'applicazione del regime detentivo speciale dell'art. 41-bis dell'ord. pen.*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, f. 3, p. 1
- S. ARDITA, *Ricatto allo stato*, Milano, 2011
- S. ARDITA, *Sulla permanenza dell'interesse ad impugnare e sull'obbligo di motivazione del provvedimento di reiterazione del regime detentivo speciale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2297
- A. BARAZZETTA, sub art. 417 cod. pen., in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, Milano, 2011, p. 4353
- M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41 bis ord. pen.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 159
- A. BERNASCONI, *I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell'ordinamento italiano e nell'esperienza statunitense*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 139
- A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 285
- A. BERNASCONI, *Le modifiche dell'ordinamento penitenziario: continuità nell'emergenza*, in M. BARGIS (a cura di), *Il decreto "antiscarcerazioni"*, Torino, 2001, p. 125
- R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011
- L. BLASI, *Carcere duro, la proroga va motivata*, in *Dir. e giust.*, 2005, f. 18, p. 44
- L. BLASI, *Il 41bis e il carcere duro per i mafiosi. Sicurezza e garanzie, nodi da sciogliere*, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 16, p. 54

- L. BLASI, *L'articolo 41-bis comma 2° dell'ordinamento penitenziario: una rilettura alla luce della legge n. 279/02*, in *Rass. penit. crim.*, 2003, f. 1-2, p. 261
- L. BLASI, *Nessuna scorciatoia sul carcere duro. Per la proroga servono fatti, non ipotesi*, in *Dir. e giust.*, 2005, f. 29, p. 81
- L. BLASI, *No al detenuto da solo in area riservata. Se il risultato concreto è l'isolamento il magistrato può dire stop*, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 20, p. 72
- L. BLASI, *Per limitare i diritti civili occorre un atto del giudice, non del Ministro. L'articolo 41bis op contrasta con l'articolo 15 della Costituzione*, in *Dir. e giust.*, 2004, f. 4, p. 12
- L. BLASI, *Più garanzie sul "carcere duro"*, in *Dir. e giust.*, 2004, f. 11, p. 30
- B. BOCCHINI, *Carceri e sistema penitenziario*, in *Dig. Pen. Agg.*, III, tomo 1, Torino, 2005, p. 118
- B. BOCCHINI, *Diritto alla privacy e detenuti in regime 41-bis ord. penit.: un duetto consacrato dalla cassazione*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2011, f. 2
- B. BOCCHINI, *Revoca anticipata del regime differenziato: "la logica dello strumento" tra involuzioni normative e giurisprudenza adeguatrice*, in *G. it.*, 2013, p. 1919
- B. BOCCHINI, *Sull'ampiezza del controllo giurisdizionale in tema di carcere duro*, in *Giur. merito*, 2004, p. 1153
- M. BORTOLATO, sub art. 35-bis ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 410
- L. BRESCIANI, *Commento al comma 25 dell'art. 2 legge 15 luglio 2009, n. 94*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario al "pacchetto sicurezza" l. 15 luglio 2009 n. 94*, Torino, 2011, p. 278
- L. BRESCIANI, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti. L'ombra del «silenzio-diniego» ministeriale*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 31
- R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 66
- F. BUONOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto sulla giurisprudenza Cedu*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 42, p. 74
- M. CANEPA, *L'ordinamento penitenziario e la normativa restrittiva del 1991-1992*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 118

- M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010
- R. CANTONE, *Agevolazione criminosa ai detenuti ed internati*, in *Dig. Pen. Agg.*, V, Torino, 2010, p. 21
- F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011
- L. CARACENI, C. CESARI, sub *art. 4-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 44
- F. CESARI, F. MONARI, sub *art. 41-bis ord. penit.*, in M. PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, (a cura di B. GUZZALOCA), vol. I, Torino, 2002, p. 85
- L. CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, f. 2, p. 173
- L. CESARIS, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Pavia, 2010
- L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. penit. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3179
- L. CESARIS, *Quali garanzie per il garante dei detenuti?*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 2
- L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 442
- L. CESARIS, sub *art. 90 ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 1073
- L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova, 2000, p. 339
- L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 411
- P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007
- S. CIANCI, *La gestione penitenziaria della criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 666

- A. CICALA, *Lo speciale regime dell'accesso ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1659
- A. CISTERNA, *Al giudice del luogo in cui si trova il carcere il compito di verificare se esistono le condizioni*, in *Guida dir.*, 2011, f. 9, p. 68
- P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 1
- C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 79
- M. G. COPPETTA, *I colloqui con il difensore dei condannati al "carcere duro": in-costituzionali le restrizioni "quantitative"*, in *G. it.*, 2013, p. 2349
- M. F. CORTESI, *Il nuovo regime di detenzione differenziato ai sensi dell'art. 41-bis L. N. 354/1975*, in F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materia di sicurezza pubblica), aggiornato dalle novità introdotte dalla "Legge finanziaria 2010", dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo "mille occhi sulle città" dell'11 febbraio 2010*, Milano, 2010, p. 883
- M. F. CORTESI, *L'inasprimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1075
- P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1189
- P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010
- D. CURTOTTI NAPPI, voce *Dibattimento a distanza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 1, Milano, 2008, p. 163
- L. D'AMBROSIO, *Prorogato il trattamento penitenziario "di rigore"*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 417
- L. D'AMBROSIO, *Testimoni e collaboratori di giustizia*, Padova, 2002
- A. DE FRANCESCO, *Il diritto di visita non può essere precluso in maniera assoluta*, in *Dir. e giust.*, 2015, f. 6, p. 35
- F. S. DE MARTINO, *Dal Senato è arrivato il primo sì alla istituzionalizzazione del 41bis*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 40, p. 22

- N. DE RIENZO, *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 97
- R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 161
- A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38*, Milano, 2009, p. 446
- A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 117
- A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2013
- A. DELLA BELLA, *Nuovo delitto di "agevolazione" ai detenuti in "41-bis"*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38*, Milano, 2009, p. 469
- A. DELLA BELLA, *sub art. 391-bis cod. pen.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, Milano, 2011, p. 4032
- F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, p. 122
- F. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, in *Dir. proc. pen.*, 1998, p. 210
- F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *G. it.*, 2010, p. 2511
- F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza: organizzazione, competenze, procedure*, Seconda ed. aggiornata, Torino, 1998

- F. DELLA CASA, *Le perquisizioni personali in carcere: nuovi criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4219
- F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli idealismi della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 73
- F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1163
- F. DELLA CASA, sub art. 59 ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 757
- F. DELLA CASA, sub art. 69 ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 800
- F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, p. 793
- G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 279
- G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997
- A. DI GIOVANNI, *Forma, contenuto e impugnabilità del provvedimento ex articolo 41bis. L'analisi della riforma tra conferme ed incertezze*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 43, p. 56
- A. DI GIOVANNI, *Il "carcere duro" alla prova dei fatti. Una riforma nel rispetto dei valori costituzionali*, in *Dir. e giust.*, 2002, f. 42, p. 70
- A. DI GIOVANNI, *Ordinamento penitenziario, la riforma non è solo 41bis. Numero- se le novità introdotte dalla legge 279/02*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 1, p. 8
- P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale. Guida ragionata alle problematiche ed alla casistica*, Padova, 1998
- A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 226
- G. FALCONE, *Cose di cosa nostra*, Milano, 2012

- G. FALCONE, *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Milano, 2010
- F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. penit.)*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 1
- F. FALZONE, F. PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rass. penit. crim.*, 2012, f. 2, p. 132
- F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2015, f. 3
- A. FERRARO, *Decreto ministeriale ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. e controllo giurisdizionale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1297
- A. FERRETTI, *Possibile il prolungamento dell'orario del colloquio familiare anche per detenuti sottoposti al 41-bis*, in *Dir. e giust.*, 2015, f. 3, p. 46
- G. FIANDACA, *Lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso nella legislazione penale italiana*, in G. FORNASARI (a cura di), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padova, 2002, p. 1
- L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011
- L. FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle camere penali e una "controriforma" che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 24
- L. FILIPPI, *Proroga del regime di cui all'art. 41 bis ord. penit. e «giudicato di sorveglianza»*, in *G. it.*, 2005, p. 1061
- F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, 2003, p. 437
- F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 72
- F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013
- F. FIORENTIN, *Il controllo giurisdizionale sulla proroga del regime penitenziario differenziato di cui all'art. 41 bis, l. 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giur. merito*, 2007, p. 2019

- F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, f. 3, p. 235
- F. FIORENTIN, *Regime del "41 bis" non applicabile ai semplici affiliati*, in *Corr. merito*, 2008, f. 8-9, p. 947
- F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, f. 2, p. 187
- F. FIORENTIN, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *G. cost.*, 2013, p. 2180
- C. FIORIO, *41-bis: ricominciamo a parlarne*, in *Arch. pen. - Rivista Stampa*, 2015, f. 2, p. 375
- C. FIORIO, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione*, in G. CERQUETI, C. FIORIO (a cura di), *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, p. 171
- C. FIORIO, *Il carcere «duro» tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *G. cost.*, 2010, p. 2268
- C. FIORIO, *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in *G. cost.*, 1996, p. 3056
- C. FIORIO, *L'isola che non c'è: "area riservata" e art. 41-bis ord. penit.*, *G. it.*, 2014, p. 2863
- C. FIORIO, *La motivazione del provvedimento di proroga del regime carcerario differenziato*, in *G. it.*, 2014, p. 710
- C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 395
- C. FIORIO, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, f. 1, p. 42
- C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *G. cost.*, 1993, p. 2505
- G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 412
- G. FRIGO, *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 40

- A. GAITO, *Cosa leggere in carcere: tra diritto alla libera scelta, tutela della sensibilità dei terzi ed esigenze di ordine e sicurezza*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 1
- A. GAITO, *Primi disorientamenti giurisprudenziali in tema di controlli sull'esecuzione penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1528
- S. GAMBACURTA, *Le misure di prevenzione penitenziarie*, in F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materia di sicurezza pubblica), aggiornato dalle novità introdotte dalla "Legge finanziaria 2010", dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo "mille occhi sulle città" dell'11 febbraio 2010*, Milano, 2010, p. 361
- A. GASPARRE, *Lettera di rettifica da inviare alla stampa: per il detenuto sottoposto a regime speciale è tutto più difficile*, in *Dir. e giust.*, 2015, f. 21, p. 164
- A. GASPARRE, *Terrorista in regime di 41 bis: per leggere una rivista deve utilizzare i canali autorizzati*, in *Dir. e giust.*, 2015, f. 6, p. 14
- G. GEBBIA, *Realtà e gestione del mafioso detenuto*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, f. 2-3, p. 727
- G. GIANNOCCARO, *La proroga del regime detentivo speciale tra pericolosità sociale necessaria ed esiti del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2015
- P. GIORDANO, *Carcere duro: aspettando la videoconferenza il 41-bis resta a rischio di «aggiramento»*, in *Guida dir.*, 1997, f. 15, p. 10
- P. GIORDANO, *Un punto fermo nell'incerto metodo di legiferare*, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, p. 37
- B. GIORS, *Illegittime le limitazioni dei colloqui difensivi per i detenuti in regime di "carcere duro"*, in *L. p.*, 2013, p. 924
- F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2015, f. 1
- F. GIUNCHEDI, *Linee evolutive della giurisprudenza di legittimità in ordine ai rinnovati standards probatori dell'art. 41 bis ord. penit.*, in *G. it.*, 2005, p. 2356
- F. GIUNCHEDI, *Regime carcerario differenziato, irrevocabilità allo «stato degli atti» ed «elementi nuovi»*, in *G. it.*, 2005, p. 156
- F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 355

- F. GIUNTA, *Art. 1 l. 16.2.1995 n. 36*, in *L. p.*, 1996, p. 45
- P. GRASSO, M. PRESTIPINO, *Il regime differenziato dell'art. 41 bis ord. penit. ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata?*, in *F. it.*, 2007, f. 4, p. 248
- V. GREVI, *In tema di presupposti per la proroga del regime carcerario differenziato ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4590
- V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p. 393
- V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 3
- V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986 n. 663*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 23
- R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2012
- S. GROSSO, *Novità in materia di proroga: ragionevole prolungamento o sospensione ad libitum?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 742
- B. GUAZZALOCA, *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "prezialità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi. Atti della giornata di studio Macerata, 13 maggio 1993*, Milano, 1995, p. 141
- B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, f. 3, p. 123
- B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992 n. 203, e 8 giugno 1992 n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 356*, in P. CORSO, G. INSOLERA, L. STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, vol. II, Torino, 1995, p. 730
- F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 438

- F. P. C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1257
- L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11. (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 17
- G. LA GRECA, *L'applicazione "dell'art. 41-bis" sotto costante verifica*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 754
- G. LA GRECA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Labita*, in *Rass. penit. crim.*, 2000, f. 1-3, p. 199
- G. LA GRECA, *Una "stabilizzazione" per uscire dall'emergenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 417
- C. LARA, *Prime aperture nel regime di rigore: il prolungamento del colloquio mensile per il detenuto ex art. 41 bis ord. penit.*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, f. 2, p. 78
- A. LAUDATI, *Una storia infinita: il 41bis non merita censure di incostituzionalità*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 18, p. 94
- L. LAURICELLA, *Il controllo giurisdizionale sulla proroga del regime di "carcere duro" tra incertezze giurisprudenziali e novità normative*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2070
- G. LEO, *Le sezioni unite escludono la legittimità di controlli occulti sulla corrispondenza dei detenuti (e non solo)*, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2012
- V. MACRÌ, *Art. 41 bis, 2° comma, O.P.*, in *Consiglio superiore della magistratura, Incontro di studio dal titolo: Il regime speciale di cui all'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario: confronto sulle questioni aperte*, Roma, 2007, reperibile al sito [www.csm.it](http://www.csm.it)
- V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del cd. doppio binario*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, Torino, 2015, p. 241
- V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, f. 4, p. 336
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011

- F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1003
- F. MANTOVANI, *Mafia: la criminalità più pericolosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 9
- D. MANZIONE, E. MARZADURI, sub artt. 1 e 2 legge 7 gennaio 1998 n. 11, in *L. p.*, 1999, p. 863
- D. MANZIONE, *Le novità di rilevanza penale dell'ennesima legge sulla sicurezza pubblica (L. 15.7.2009 n. 94)*, in *L. p.*, 2009, p. 583
- M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Pen. Agg.*, V, Torino, 2010, p. 757
- G. MARINO, *Colloqui con i difensori: incostituzionali le limitazioni per i detenuti sottoposti al 41-bis*, in *Dir. e giust.*, 21 giugno 2013
- A. MARTINI, *Commento all'art. 19 D.L. 8/6/1992*, in *L. p.*, 1993, p. 207
- G. 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*, in *Dir. famiglia*, 2014, f. 1, p. 229
- R. MERANI, *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari: a) la sicurezza accentuata*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 272
- C. MIGNONE, P. M. VIPIANA, *Manuale di giustizia amministrativa*, Assago, 2013
- C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, f. 3, p. 197
- C. MINNELLA, *Possibile il colloquio del detenuto col figlio sottoposto al carcere duro tramite videoconferenza*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2015, f. 1, p. 62
- M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1280
- G. MORGANTE, *Commento al comma 26 dell'art. 2 legge 15 luglio 2009, n. 94*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario al "pacchetto sicurezza" l. 15 luglio 2009 n. 94*, Torino, 2011, p. 361
- A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 749

- G. M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015
- G. M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 1
- G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012
- G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino, 1995, p. 42
- E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 749
- E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1240
- E. ODDO, *Reclamo avverso il provvedimento ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. e giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 909
- T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, p. 155
- T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, f. 33, p. 14
- I. PALMA, *La legislazione antimafia dopo la legge 15 luglio 2009 n. 9*, in *Riv. pen.*, 2010, f.2, p. 109
- C. PASSANISI, *L'affievolimento delle garanzie difensive nell'uso del mezzo telematico*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei procedimenti di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 193
- F. PATRONE, *La partecipazione al procedimento penale a distanza. Un primo bilancio, problemi applicativi, possibili soluzioni*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei procedimenti di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 171
- M. PAVARINI, B. GUAZZALOCCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004
- M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, p. 262

- M. PAVARINI, *Il trattamento dei detenuti differenziati ai sensi dell'art. 41-bis in relazione al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art. 14-bis della legge 26.7.75 n. 354 modificato dalla legge 7.8.92 n. 356*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 747
- A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Recenti interventi legislativi e della Corte costituzionale in tema di reati contro l'amministrazione della giustizia*, in P. PISA (a cura di), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2009, p. 449
- F. PESCE, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, f. 1, p. 5
- D. PETRINI, *Il regime di "carcere duro" diventa definitivo*, in *L. p.*, 2003, p. 229
- F. PICCIRILLO, *Carcere duro, un salutare monito ad evitare ogni automatismo*, in *Dir. giust.*, 2003, f. 4, p. 46
- F. PICOZZI, *È applicabile anche ai detenuti "41-bis" il divieto di possedere vestiti costosi*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2801
- F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rass. penit. crim.*, 2015, f. 2, p. 170
- F. PICOZZI, *Il controllo sulla circolazione e detenzione di pubblicazioni nelle sezioni 41-bis*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1553
- G. PIERRO, *La competenza a decidere sui reclami*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11. (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 245
- G. POSCIA, *Potere di disapplicazione del decreto ministeriale ex art. 41 bis, comma 2°, O.P.*, in *Giust. pen.*, 1997, p. 119
- A. PRESUTTI, *"Alternative" al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in EAD. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 59
- A. PULVIRENTI, *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione di emergenza alla legislazione di settore*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 319
- G. PUMA, *Il regime carcerario c.d. art. 41-bis nuovamente al vaglio della Corte di Strasburgo: il caso Paoello*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, f. 1, p. 240

- C. RENOLDI, *Le sezioni unite sul controllo del contenuto della corrispondenza di persona ristretta in un istituto penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 963
- F. RESTA, *La nuova disciplina dell'art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2678
- F. RIZZO, *Regime carcerario differenziato: l'adeguatezza della motivazione*, in *G. it.*, 2005, p. 1929
- F. ROMOLI, *Scritti "difensivi" dell'imputato detenuto in regime di 41 bis ord. penit.: la soluzione della Corte fiorentina per salvaguardare la segretezza*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2011, f. 1
- M. RUARO, F. DELLA CASA, *Un'interessante pronuncia norvegese sulla legalità della detenzione concernente il condannato Breivik*, in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016
- M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009
- M. RUARO, *Liberazione anticipata speciale, reati ostativi e "scioglimento del cumulo": la giurisprudenza di merito prende le distanze dalle aperture della suprema corte*, in *Dir. pen. cont.*, 23 aprile 2015
- M. RUARO, sub art. 677 cod. proc. pen., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 868
- C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002
- R. A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di «durata ragionevole» del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 829
- M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002
- M. 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, p. 842
- M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)
- M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, 2003, p. 416

- F. RUSSO, *Accusatori invisibili e... giudici anche*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei procedimenti di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 185
- G. SACCONI, *La partecipazione a distanza al procedimento camerale*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11. (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 105
- C. SANTINELLI, sub art. 18-ter ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 242
- C. SASSI, *Controllo di legittimità e «nuovo» art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: primi (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *G. it.*, 2005, p. 139
- C. SCACCINOCE, *Diritto al colloquio tra Garante e detenuto: quando il potere giurisdizionale è presidio di effettività dei diritti dei detenuti e delle funzioni del Garante*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, f. 1
- M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. II, Torino, 2013
- L. SCOMPARIN, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, in M. BARGIS (a cura di), *Il decreto "antiscarcerazioni"*, Torino, 2001, p. 135
- P. SILVESTRE, *41 bis e regole interpretative della Cassazione*, in *Giust. pen.*, 2009, p. 576
- F. SIRACUSANO, *L'art. 391-bis c.p. e la contiguità alla mafia*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2015, f. 1
- L. STORTONI, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficacia e garanzia*, Napoli, 1999, p. 119
- G. TONA, *I reati associativi e di contiguità*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale*, pt. spec., vol. III, Torino, 2008, p. 1063
- L. TROMBETTA, *In tema di colloqui tra difensore e detenuto in regime di "41-bis"*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2013, f. 3
- R. TURRINI VITA, *Il contrasto al crimine organizzato nell'esperienza penitenziaria italiana*, in *Rass. penit. crim.*, 2000, f. 1-3, p. 127

- E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, p. 206
- M. VAUDANO, *La pericolosità delle associazioni mafiose impone cautela nelle "aperture" del 41-bis*, in *Guida dir.*, 1998, f. 9, p. 107
- P. M. VIPIANA, *I procedimenti amministrativi: la disciplina attuale ed i suoi aspetti problematici*, Assago, 2012
- P. M. VIPIANA, V. CINGANO, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012
- S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2861
- G. P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p. 171

