

## Introduzione

di Maria Brucale e Michele Passione\*

### 1. Premessa

Lo scorso 4 dicembre la Corte Costituzionale ha depositato la sentenza n. 253 del 2019, decisa il 23 ottobre a seguito dell'udienza pubblica del giorno precedente<sup>1</sup>. In disparte le considerazioni sulla fondamentale importanza della decisione assunta, che qui non rilevano, la Corte ha evidenziato come (§ 8.1 Considerato in diritto) [...] “l'attuale formulazione dell'art.4-*bis*, comma 1 OP, anche in nome di prevalenti esigenze di carattere investigativo e di politica criminale, opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-*ter* OP, che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto”, affermando poi (§ 8.3 Considerato in diritto) che [...] “peraltro, per i casi di dimostrati persistenti legami del detenuto con il sodalizio criminale originario, l'ordinamento penitenziario appresta l'apposito regime di cui all'art.41-*bis*, che non è ovviamente qui in discussione e la cui applicazione ai singoli detenuti presuppone proprio l'attualità dei loro collegamenti con organizzazioni criminali (sentenze n.186 del 2018 e n.122 del 2017)”.

Non vi è alcun dubbio che una delle finalità principali del regime differenziato disciplinato dall'art. 41-*bis*, commi 2 e ss., OP consista, in particolare per effetto delle disposizioni di cui al comma 2 *quater* (e delle varie circolari di volta in volta emanate dal Dipartimento, da ultimo riordinate con quella n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017), nell'induzione alla collaborazione, soprattutto per coloro i quali si trovino detenuti in custodia cautelare. Non solo la “necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza”, ché del resto la norma citata, alla lett. a), chiarisce non essere unica esigenza per l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, ma anche, appunto, attraverso limitazioni totalmente inconferenti rispetto alla finalità istituzionale, una spinta alla collaborazione. Al dunque; se, com'è vero, la velenosa Grundnorm penitenziaria è certamente distinta da quella che regola il regime differenziato, occorrerà verificare le potenzialità espansive che la recente, storica, pronuncia del Giudice delle leggi potrà spiegare in relazione al diritto al silenzio, ed all'impossibilità che esso costituisca elemento valorizzabile per il rinnovo della sospensione delle regole trattamentali.

Ancora, occorrerà soffermarsi, sull'incidenza delle argomentazioni espresse dalla pronuncia in discorso sul valore da conferire al “*trascorrere del tempo*”.

Se, infatti, il regime detentivo *ex art. 41-bis* OP è, in modo del tutto astratto, inalveato nell'ambito delle misure di prevenzione e, dunque, sempre idealmente,

---

\* Maria Brucale, Avvocato del Foro di Roma; Michele Passione, Avvocato del Foro di Firenze.

<sup>1</sup> Si rinvia a M. PASSIONE, [La danza immobile](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 12, 2019.

ancorato al concetto di pericolosità attuale del soggetto proposto, è, tuttavia, noto che la soggezione di un detenuto alla speciale carcerazione sia, di volta in volta, pedissequamente rinnovata sulla scorta di un dato generico e immanente: la perdurante sussistenza nei luoghi dei fatti di reato in esecuzione del fenomeno mafioso. Assai frequenti sono le proroghe del regime derogatorio del tutto esuli da valutazioni in concreto del soggetto, del suo vissuto, della sua effettiva permanenza in consessi sodali, dei suoi percorsi di rivisitazione critica, dei suoi mutamenti in carcere e dei mutamenti della realtà che gli appartiene fuori dal carcere.

La pronuncia della Corte Costituzionale riafferma con forza, nella fase di esecuzione della pena, il ruolo centrale – rispetto alla valutazione dell'individuo in termini di pericolosità soggettiva – del trascorrere del tempo: “che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere”.

D'altronde, già nella sentenza “Viola v. Italia” (§ 125), la Sezione Prima della Cedu ritiene che la personalità di un condannato non rimanga la stessa dal momento in cui il reato è stato commesso ma tenda ad evolversi durante la fase di esecuzione della pena grazie alla funzione della risocializzazione, che consente all'individuo di rivedere criticamente il suo percorso criminale e ricostruire la sua personalità.

Vero che l'art. 41-*bis* OP specifica come il trascorrere del tempo non possa essere unico indice di distacco del ristretto dal consesso malavitoso; vero che la Consulta pone sul detenuto l'onere di dimostrare l'insussistenza di collegamenti con il sodalizio criminoso di originaria appartenenza; vero, tuttavia, altresì, che lo Stato è obbligato a fornire al recluso strumenti che lo aiutino a riabilitarsi in ossequio alla parte programmatica dell'art. 27 della Costituzione che vuole ogni pena finalizzata alla reintegrazione nel tessuto sociale e vero, ancora, che per il ristretto in regime derogatorio il processo di verifica del permanere della pericolosità soggettiva è tarlato da una ingiustizia manifesta perché al recluso è sottratta qualsivoglia possibilità di manifestare, attraverso il godimento dell'offerta rieducativa, il proprio ravvedimento, diverso dalla collaborazione con la giustizia.

## 2. Falsi allarmi

Eppure, prima, durante, e dopo l'udienza pubblica, e naturalmente in assenza di motivazione, alti strali si sono levati da tanti tribuni. Così, dopo la sentenza Viola c. Italia (che, com'è noto, non aveva affatto ad oggetto il regime differenziato), si è paventato il “rischio” per il 41-*bis* (Morra), rilevandosi come “l'isolamento dei mafiosi ha creato una slavina di pentimenti” (Caselli), e che “buttiamo 150 anni di antimafia. Così non parla nessuno” (Gratteri). Analogamente, ma qui non mette conto richiamarne gli autori, è accaduto (e accadrà) per quel che riguarda la sentenza della Corte Costituzionale, che qualcuno ha perfino pensato di poter porre nel nulla con interventi normativi *ad hoc*, con buona pace dell'art. 137 Cost.

### 3. Quel che si può fare

Ai tanti contributi degli Autori contenuti nel fascicolo, che partitamente analizzano singoli momenti dell’istituto, le criticità ad esso sottese, le prassi, i precorsi (e futuri) interventi del Giudice delle leggi, ci limitiamo in questa sede ad aggiungere alcune ipotesi di lavoro.

Breve.

Pensiamo meriti una riflessione la disposizione di cui all’art. 41-*bis*, comma 2 cpv., OP, laddove prevede 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” (così come la possibilità che, espiata interamente la pena, si dia luogo alla misura di sicurezza della Casa di lavoro – essa stessa istituto che occorrerebbe rimuovere dall’ordinamento).

Ed infatti, se è vero che il controllo centralizzato (*ex* comma 2 *sexies* della disposizione citata) assegna al Tribunale di Sorveglianza di Roma la verifica della sussistenza dei presupposti per l’adozione del provvedimento, ciò non dovrebbe esimere il Collegio dal misurarsi con la giurisprudenza consolidata secondo la quale, per la verifica dei presupposti per la collaborazione impossibile (anche con riguardo a condanne ad ergastolo “ostativo”), deve farsi applicazione del principio dello scorporo delle pene ostative alla concessione dei benefici, che caratterizza il procedimento di sorveglianza (cfr. Trib. Sorv. Roma, 15.7.2008; 25.9.2009; Trib. Sorv. Venezia, 17.8.2016; 21.11.2017; Trib. Sorv. L’Aquila, 21.11.2017), senza pertanto considerare il segmento (di pena e/o cautela) riferibile a delitti ostativi di prima fascia, quando sia interamente espiato/decorso.

Infine, com’è noto, la Corte di Cassazione, Sez. I, con sent. n. 51/2019, emessa il 9 gennaio 2019 (facendo seguito alla precedente n. 2944/2018, del 27 giugno 2018), è intervenuta in materia di colloqui tra detenuti sottoposti al regime differenziato ed i Garanti locali, materia disciplinata dagli artt.18, comma 2, OP (come modificato dal D.L. vo n.123 del 2018) e 41-*bis*, comma 2 *quater*, lett. b), OP. Con le sentenze citate, entrambe relative a ricorsi proposti avverso ordinanze emesse dal Tribunale di Sorveglianza di Sassari (condivise da analoghe decisioni dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia), la Corte di Cassazione ha stabilito che i colloqui con i Garanti locali non possano incidere su quello (unico mensile) con i familiari e conviventi, ma siano comunque soggetti a provvedimento autorizzativo dell’Amministrazione, e non fruibili con modalità riservate.

Sul punto, se è vero che anche la Legge delega n. 103/2017 (art.1, comma 85) faceva salva la disciplina di cui all’art. 41-*bis* OP dalle proposte di riforma, non può non rilevarsi come il mancato computo del colloquio con i garanti rispetto a quello dei congiunti evidenzia come lo stesso Giudice di legittimità non abbia operato una lettura delle norme scrutinate per così dire “a rime obbligate” rispetto alla riserva contenuta nella Legge delega, tuttavia pervenendo ad una interpretazione manipolativa che desta non poche perplessità.

A seguito dell'annullamento con rinvio il Tribunale di Sassari ha finito con l'adeguarsi al delineato principio stabilito. Viceversa il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, con ordinanza del 29 marzo 2019, nei limiti dello spazio concessogli in sede di rinvio (“... il Tribunale di Sorveglianza, tuttavia, potrà considerare l'incidenza sulle conclusioni sopra rappresentate dalle modifiche dell'art. 18 OP, intervenute dopo la presente decisione, proprio avuto riguardo ai colloqui con i garanti dei detenuti, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 11 d.lgs. 2 ottobre 2018, n.123”, ha affermato la Corte di Cassazione, Sez. I, nella sentenza n. 3167/2018), ha ritenuto che la novella apportata alla disposizione citata permettesse di mantenere in capo al garante locale le prerogative equiparate al difensore, con ciò privilegiandosi una lettura non necessitante dell'incidente di costituzionalità, e dunque ha confermato la decisione precedentemente annullata.

A dire il vero, pur dovendosi salutare con favore la pronuncia, deve qui rilevarsi come già prima della riforma il riferimento al “garante dei diritti dei detenuti”, originariamente contenuto nel comma 1 dell'articolo 18 OP, dovesse riguardare i garanti locali, essendo stata introdotta detta figura, variamente declinata a livello territoriale, ben prima (con L. n. 14/2009) di quella del Garante nazionale, la cui introduzione nel nostro ordinamento è avvenuta solo con il D.L. n. 147/2013 (art. 7), convertito con modificazioni dalla L. n. 10/2014.