

**PROBLEMATICHE DI PREVENZIONE E VALUTAZIONI
DI LEGITTIMITÀ NELL'APPLICAZIONE
DEL REGIME DETENTIVO SPECIALE
DELL'ART. 41-BIS DELL'ORD. PEN.**

SEBASTIANO ARDITA*

1. Premessa

I nuovi strumenti normativi adottati nel contrasto alle forme di criminalità organizzata, a partire dalla prima metà degli anni Novanta, hanno modificato la tendenza tradizionale ad operare secondo schemi di pura ricostruzione, successiva e processuale, degli eventi reato. Si è fatta strada, tra gli operatori, la consapevolezza che compito degli apparati di giustizia e di polizia dello Stato fosse non solo la repressione delle condotte già consumate, ma anche in egual misura l'interdizione di quelle che potrebbero essere compiute nel futuro. In questo quadro sempre maggiore attenzione è stata posta ad una ricostruzione dei fenomeni che risultasse quanto mai ampia sotto il profilo delle connessioni e della etologia delle condotte, insieme alla individuazione dei responsabili. In altri termini le forme di criminalità commesse in contesto organizzato hanno prodotto un profondo e radicale sconvolgimento non solo del tradizionale metodo investigativo, ma anche della stessa funzione delle attività poste in essere in sede di contrasto a quei crimini, la quale ha assunto una funzione marcatamente preventiva, molto di più rispetto a quanto non avvenisse nel passato. L'effetto più immediato di ciò è dato dall'innovazione degli strumenti normativi posti a disposizione degli organi dello Stato, e dal conseguente aumento degli strumenti fondati sulla prevenzione, ossia sul contrasto dinamico alle forme delittuose poste in essere in modo organizzato, da utilizzare anche all'esterno del processo, e non solo in funzione dello stesso. L'anticipazione della soglia della tutela penale estesa sino a ricomprendervi la partecipazione alle consorterie criminali ha poi condotto ad un processo di de-forma-

* Direttore Generale dei Detenuti e del Trattamento, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.

lizzazione delle condotte rilevanti ai fini della responsabilità, ed alla ricostruzione di un concetto affatto nuovo e diverso di partecipazione al delitto, fondato sull'analisi delle caratteristiche dell'apporto semplice di ciascun individuo al soggetto criminale complesso, che assume le caratteristiche e le dimensioni dell'organizzazione. Tale evoluzione segue di pari passo la rinnovata funzione degli strumenti del diritto penale, che non è più (solamente) quella di retribuire i soggetti per le proprie condotte, ma quella di approntare una difesa dinamica della collettività rispetto ai possibili *vulnera* che potrebbero venire da nuove condotte antisociali, e può realizzarsi solamente con l'indagine e la repressione delle origini del delitto, ossia con il contrasto alle aggregazioni che nel crimine trovano la propria ragione d'esistere. La riflessione più immediata che ha originato questa svolta epocale poteva agevolmente limitarsi a due semplici aspetti: la condizione di detenzione non era più in grado di per sé di impedire il funzionamento delle grandi organizzazioni; e queste ultime nel denaro e nelle risorse materiali trovavano la propria linfa esistenziale, divenendo l'elemento personale a copertura dei singoli ruoli assolutamente sostituibile, alla stregua di quanto accade per le persone giuridiche operanti nei rapporti tra privati.

A seguito dell'introduzione nel 1982 del delitto di associazione mafiosa e della rimodulazione dell'impianto delle misure di prevenzione personale, la normativa antimafia introdotta nei primi anni Novanta – con il d.l. n. 152/1991 e d.l. n. 356/1992 – ha previsto un massiccio ricorso agli strumenti di ablazione del patrimonio, sganciandolo da ogni rapporto etiologico tra reato e confisca dei beni. Parallelamente è stato previsto il ricorso alla misura di prevenzione anche in ambito penitenziario, al fine di impedire quelle comunicazioni con l'esterno che si ponevano a presupposto per la commissione di ulteriori delitti. È in questo ambito che è stato concepito l'istituto del regime detentivo speciale, disciplinato dall'art. 41-*bis* della legge di ordinamento penitenziario n. 354 del 1975, dapprima introdotto in via temporanea dal d.l. n. 306/92 conv. in l. 356/92, e successivamente modificato e portato a regime con la l. del 23 dicembre 2002 n. 279, che ne ha sfrondata l'applicazione da taluni aspetti emergenziali provvedendo a darvi una disciplina più compiuta⁽¹⁾, in un contesto di stabilità e continuità.

⁽¹⁾ In dottrina le principali problematiche sorte all'indomani del varo della nuova legge, in GIORDANO, *Commento al nuovo art. 41-bis: un punto fermo nell'incerto metodo di legiferare*, in *Guida al Diritto*, n. 1, 2003, p. 37 ss.; ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 4 e ss.; ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis o.p. alla prova dei fatti in Cassazione penale*, 2004 p. ss. Con riferimento alle problematiche susci-

2. La capacità di collegamento con l'esterno quale presupposto codificato nella nuova disciplina del regime speciale dell'art. 41-bis O.P.

La nuova disciplina sulla detenzione speciale si contraddistingue per il tentativo prodotto dal Legislatore – ma non in tutti i casi giunto a buon fine – di porre chiarezza nell'applicazione dell'istituto, dando regolamentazione legislativa ad una disciplina che prima della riforma era compendiate in un unico comma. Il primo passo dunque non poteva che essere costituito dalla definizione dei presupposti di applicazione, che il precedente regime rinveniva nella generica sussistenza di ragioni di ordine e sicurezza pubblica.

Nello statuire che possono essere sottoposti al regime di detenzione speciale coloro che rispondono dei delitti di cui al comma 1 del rinnovato art. 4-*bis*, la novella ha puntualizzato che deve trattarsi di soggetti a carico dei quali sussistano concreti elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con una associazione criminale, terroristica o eversiva. L'ambito dei reati per i quali è possibile applicare il regime viene dunque a restringersi alle ipotesi del primo periodo dell'art. 4-*bis* – la norma che prevede la esclusione dei benefici penitenziari, – ma questa ultima disposizione, nella stessa legge di riforma, è stata ampliata con il riferimento anche ai reati di terrorismo, di eversione e di traffico di esseri umani. La nuova normativa ha poi "codificato" quale presupposto di applicazione dell'istituto il collegamento del detenuto con le associazioni operanti sul territorio riproducendo nella legge un assunto utilizzato nella prassi amministrativa già adottata sotto il previgente sistema, che già la giurisprudenza considerava come requisito per l'adozione del regime speciale. Con ciò si è inteso ribadire legislativamente che non può considerarsi premessa alla applicazione del regime speciale unicamente la natura del crimine per il quale si è detenuti, e si è anche confermata, ove ve ne fosse bisogno, la natu-

tate già dopo la introduzione del regime speciale con d.l. n. 306/1992 conv. in l.n. 356/1994 cfr. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. Penit., norma effettiva o virtuale*, in *Cassazione penale*, 1998, p. 3179; COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di PRESUTTI, 1994; F.P. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale e incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, p. 3.

ra extrapenitenziaria dei fenomeni di riferimento idonei a provocare turbamento all'ordine ed alla sicurezza pubblica. La condotta carceraria del detenuto appare infatti irrilevante nella definizione dei presupposti di applicazione dell'istituto. Le vicende attinenti alla sicurezza interna, compromessa da comportamenti tenuti in ambito penitenziario, vengono infatti affrontate con lo strumento della "sorveglianza particolare" previsto dall'art. 14-*bis*; e d'altra parte le situazioni generali di pericolo interno non riferibili ad un singolo sono compendiate nel primo comma dall'art. 41-*bis*, erede del già abrogato art. 90.

L'adozione del provvedimento di applicazione è rimessa, come nel passato, al Ministro della giustizia, il quale può intervenire anche su richiesta del ministro degli Interni. Non desta stupore al riguardo che un potere siffatto venga devoluto ad un organo inserito nell'esecutivo, per via delle finalità di sicurezza pubblica, che sottendono all'istituto, tradizionalmente afferenti alle attribuzioni di quel settore istituzionale. Sotto un certo profilo il mantenimento esclusivo del potere di iniziativa e di decisione dell'esercizio di questa funzione nelle mani di organi dell'Esecutivo risulta in controtendenza rispetto a talune recenti scelte istituzionali. Si è infatti assistito ad un progressivo innestarsi all'interno del processo penale di importanti momenti di comprensione e di contrasto dinamico delle realtà criminali organizzate. Nell'ottica di quella trasformazione della funzione stessa del diritto penale, cui si accennava in premessa, la grande parte della funzione di prevenzione nei confronti della criminalità organizzata, è oggi di fatto compartecipata – quando non trasferita, con ampi poteri di iniziativa – ad apparati specializzati il cui coordinamento risulta affidato ad organismi giudiziari. Questi ultimi peraltro assicurano ai cittadini il controllo giurisdizionale sugli atti che riguardano la loro libertà personale. L'amministrazione penitenziaria, che nel ministro della giustizia ha il suo vertice, a sua volta tende a dispiegare la propria azione, in aderenza al dettato costituzionale sulla pena, in forma prevalentemente rieducativa e di recupero. Le competenze sulla sicurezza rimesse ai suoi poteri di intervento sono quelle che riguardano i pericoli per l'ordine interno degli istituti, ed ogni provvedimento di natura disciplinare da essa adottato tiene conto del percorso trattamentale seguito dal detenuto. La scelta della applicazione di un regime speciale, adottata in funzione di indici esterni e di questioni che attengono alla sicurezza del territorio, non risulta particolarmente conforme ai suoi tradizionali fini istituzionali, e potrebbe porsi in contrasto con l'opera di

rieducazione, risultando agli occhi dei detenuti come una attività compressiva dei propri spazi personali, correlata con la funzione investigativo-repressiva propria delle forze di polizia operanti sul territorio, e non dipendente dalla condotta tenuta all'interno degli istituti penitenziari.

Il provvedimento applicativo del regime detentivo speciale, peraltro, essendo fondato su valutazioni inerenti la pericolosità di organizzazioni criminali operanti sul territorio, presuppone la costante osservazione del livello di tale pericolosità, e dunque la conoscenza diretta delle fonti investigative e di polizia che possono riferire sulle sue dinamiche e sulle azioni criminali che potrebbero essere condotte. A tal fine risultano rilevanti la gestione diretta dei collaboratori di giustizia, e delle fonti in grado di riferire gli ultimi organigrammi e i progetti delle cosche, le risultanze delle attività tecniche di intercettazione, intese a monitorare i movimenti delle organizzazioni criminali, e quant'altre conoscenze in possesso dell'apparato investigativo dello Stato approntato dalle forze di polizia e facente capo alle Direzioni distrettuali ed alla Direzione Nazionale Antimafia. Ai fini della valutazione dei presupposti di applicazione dell'istituto vi è infatti una evidente analogia tra la disciplina del regime speciale e quella della custodia cautelare per i reati di associazione mafiosa, ove la pericolosità del gruppo delinquenziale di appartenenza, – presupposto della lettera c) dell'art. 275 c.p.p. – desunta dal compimento delle attività delittuose previste dall'art. 416-*bis* c.p., trova il suo fondamento nel medesimo bagaglio conoscitivo del fenomeno criminale, che deve porsi a base del provvedimento ministeriale. La stessa presunzione di pericolosità, insita nel disposto del 2° comma dell'art. 275 c.p.p. e riferita agli appartenenti alle associazioni di tipo mafioso, costituisce una disposizione di natura preventiva e di carattere presuntivo, in analogia con quanto accade con la proroga dello speciale regime 41-*bis* O.P. ai detenuti per i reati previsti dall'art. 4-*bis*, che mantengano collegamenti con le organizzazioni criminali.

Nella nuova legge, laddove sono disciplinati i tempi e le modalità di applicazione del regime speciale, viene stabilito un meccanismo di proroga fondato sulla ripartizione dell'onere della prova statuendosi che «I provvedimenti hanno durata non inferiore ad un anno e non superiore a due e sono prorogabili nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno, purchè non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche od eversive sia venuta meno». Tale statuizione contie-

ne talune analogie con il disposto dell'art. 275 c.p.p. che, subordinando la cessazione della custodia cautelare per gli appartenenti ad associazione mafiosa alla emersione di elementi positivi da cui desumere la non pericolosità, pone tale prova a carico dell'indagato.

La custodia cautelare – obbligatoria per i componenti delle associazioni mafiose – è una misura disposta nel processo, ma ancorata a ragioni di pericolo per la sicurezza pubblica riferibili non tanto, o non solo, al singolo indagato, quanto più al gruppo mafioso di riferimento al quale egli può fornire un apporto di qualsivoglia natura nell'ambito delle diverse condotte previste nella fattispecie. Mentre, invece, più in generale e per tutti i reati, la previsione di cui alla lettera c) dell'art. 275 c.p.p., circa il pericolo di commissione di nuove attività delittuose, àncora la decisione ad una valutazione di pericolosità, assunta questa volta su base individuale. È pertanto la dimensione collettiva e dinamica del delitto associativo mafioso a provocare l'applicazione di misure restrittive della libertà del singolo su base presuntiva, purchè sia alto il termometro circa la operatività del gruppo criminale sulla base delle conoscenze provenienti dalla investigazione. Anche la maggiore restrittività della carcerazione in regime di art. 41-*bis* è dunque il frutto della medesima probabilità, che condizioni di detenzione ordinarie consentano il passaggio di flussi di comunicazione all'esterno, – con le consorterie organizzate operanti sul territorio – e determinino pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica con la conseguente commissione di nuovi reati.

In definitiva è possibile ritenere che la presunzione dell'art. 275 c.p.p. stia alla disciplina ordinaria della custodia cautelare come il regime 41-*bis* sta al regime di ordinaria detenzione. Analoghe appaiono infatti le finalità preventive delle due norme, simili i meccanismi presuntivi di operatività dei regimi, medesimo il bagaglio di conoscenze dal quale attingere il profilo di pericolosità della consorteria. L'unica differenza riguarda la platea dei soggetti ai quali vengono rivolte le due discipline: la disciplina penitenziaria opera – in "secondo grado" – solo su chi è già detenuto e per tipologie di reato anche diverse dall'associazione mafiosa, quando egli rivesta il ruolo di capo ovvero di soggetto con capacità decisionali o comunque particolarmente addentro ai segreti dell'associazione. Vi è dunque un medesimo bagaglio conoscitivo da cui attingere per la emissione di questi provvedimenti, diversi sono gli organi cui compete l'applicazione di queste discipline.

3. La nuova disciplina del regime speciale

Nella nuova legge n. 279/2002, la principale novità, sul piano della disciplina, è la previsione espressa delle singole misure che l'applicazione del regime può comportare. In effetti il nuovo comma 2-*quater*, introdotto con la novella, si limita ad elencare talune restrizioni, che possono essere adottate in conseguenza della sospensione delle regole e degli istituti annunciata nel comma 2 dello stesso articolo. La legge indica pertanto una serie di misure, nei cui "margini" possono essere individuate e prescelte le singole componenti dello schema generale di provvedimento da applicare ai soggetti sottoposti al regime speciale. Si è voluto pertanto determinare, con fonte primaria, il contenuto dei limiti imposti nelle pronunce della Corte Costituzionale⁽²⁾, stabilendo i margini della potestà amministrativa nell'ambito degli spazi consentiti dal nuovo comma 2-*quater*. Nella elencazione delle misure adottabili, la nuova disposizione ricalca in modo pressoché conforme i contenuti del decreto di sottoposizione utilizzato dal Ministro già prima della entrata in vigore della novella del 2002: ciò a testimonianza del fatto che l'autolimitazione della potestà amministrativa aveva già costituito un adeguamento ai dettami della Consulta.⁽³⁾ Per questa ragione l'intervento legislativo sulla parte contenutistica, al di là degli effetti di ordine simbolico, - e del rico-

⁽²⁾ C. cost. 28 luglio 1993 n. 349, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2740 s.; C. cost. 18 ottobre 1996 n. 351, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3043; C. cost. 5 dicembre 1997 n. 376, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3623.

⁽³⁾ La parte dispositiva dei contenuti del decreto ministeriale di applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis*, prima della riforma, era così concepita: "Art. 1.- In attuazione dell'art. 41-*bis*, comma 2...è sospesa l'applicazione delle seguenti regole di trattamento e dei seguenti istituti previsti dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni: a) colloqui con i familiari e conviventi con frequenza superiore complessivamente ad uno al mese e di durata superiore ad un'ora, a prescindere dal numero delle persone ammesse al colloquio; b) colloqui con terzi; c) corrispondenza telefonica al di fuori di una telefonata mensile con i familiari e conviventi - sottoposta a registrazione ai sensi dell'art. 39, comma 7, periodo 2 DPR n. 230/2000 - nel caso in cui il detenuto o l'internato nel corso del mese non svolga alcun colloquio visivo consentito; d) ricezione dall'esterno di somme in peculio superiori all'ammontare mensile stabilito ai sensi dell'art. 57 comma 6 DPR n. 230/2000, e invio di somme all'esterno, fermo restando il pagamento di spese inerenti alla difesa legale ed il pagamento di multe ed ammende; e) ricezione dall'esterno di pacchi contenenti generi ed oggetti, in quantità superiore a due pacchi al mese, complessivamente di peso non superiore a dieci chili, e due pacchi annuali straordinari contenenti esclusivamente abiti, biancheria, indumenti intimi, calzature; f) organizzazione delle attività culturali, ricreative e sportive; g) nomina e partecipazione alle rappresentanze dei detenuti e degli internati; h) svolgimento delle attività artigianali per proprio conto o per conto di terzi."

noscimento della congruità delle misure previste al fine di sicurezza, che avrebbe dovuto sottrarle al giudizio del Tribunale di sorveglianza – costituiva l'occasione per intervenire su taluni aspetti, appianando talune asperità in conseguenza del transito "a regime" della disciplina, ma nello stesso tempo delimitando gli spazi di competenza della magistratura di sorveglianza, o addirittura riordinando le competenze in materia di adozione e controllo dei provvedimenti. Senza volere anticipare conclusioni, tuttavia sembra che nessuno di questi effetti si sia verificato appieno, se non quello di una pura e semplice amministrativizzazione del diritto penale, senza funzioni di ulteriore garanzia, e senza certezze di ulteriore efficienza nel funzionamento dell'istituto. Anzi la moltiplicazione degli strumenti e degli spazi di gravame è avvenuta in esatta corrispondenza con la determinazione legislativa dei contenuti dell'istituto, producendo dunque una evidente contraddizione.

La disciplina della nuova legge prevede innanzitutto disposizioni volte a delimitare i rapporti con l'esterno, intese a recidere i contatti con esponenti della criminalità organizzata operanti sul territorio nello stato di libertà. Con riferimento al dibattuto tema dei "colloqui" (previsti dal comma 2-*quater*, lett. "b", del nuovo art. 41-*bis* O.P.) – rinunciando allo "schema aperto" che era stato adottato nel disegno di legge di iniziativa governativa, che indicava la natura delle misure di restrizione adottabili, affidando alla scelta del Ministro la "quantità" delle stesse, – il Legislatore ha inteso procedere ad una disciplina dettagliata. Ha stabilito che il numero degli incontri con i familiari possa essere fissato in misura variante da uno a due al mese⁽⁴⁾ da effettuarsi con intervalli regolari, ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Con tale disposizione si è inteso mantenere inalterati tutti gli aspetti riguardanti l'"affettività", ivi compresa la prassi del vetro divisorio e della comunicazione a mezzo di citofono, la cui abolizione aveva costituito la principale rivendicazione dei detenuti e dell'avvocatura nell'attesa dell'entrata in vigore del nuovo regime⁽⁵⁾. È stata

⁽⁴⁾ La prassi applicativa ministeriale prima dell'entrata in vigore della nuova legge prevedeva due schemi di decreto: un modello definito A), applicato alla generalità dei detenuti, con previsione di un solo colloquio mensile, ed un modello definito B), applicato a detenuti con problematiche particolari o con problemi di salute.

⁽⁵⁾ Nel Disegno di legge, *Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 Luglio 1975, n. 354*, cit., Art. 2, era prevista per il comma 4 lett. B) dell'art. 2 la seguente disposizione: "la riduzione del numero e della frequenza dei colloqui e delle comunicazioni telefoniche, prevedendo per essi delle speciali misure"... Con ciò si intendeva non affrontare con norma primaria la questione del vetro divisorio, limitandosi a prevedere che esso potesse rientrare tra le "particolari misure di sicurezza" rimesse all'amministrazione.

invece prevista una deroga alla prassi del divieto assoluto di contatti con persone diverse da familiari e conviventi, essendo stata prevista la possibilità del permesso di colloquio con estranei, sia pure in casi eccezionali. La determinazione, da effettuarsi volta per volta, è rimessa ai medesimi organi competenti al rilascio dei colloqui ordinari ai sensi dell'art. 11, ossia all'autorità giudiziaria, per i soli imputati fino alla sentenza di primo grado, ed al direttore dell'istituto, in tutti gli altri casi. Alle medesime autorità, per i casi di rispettiva competenza e dopo almeno sei mesi di applicazione del regime, è rimesso il potere di autorizzare, con provvedimento motivato, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti e sottoposto sempre a registrazione.

Sempre con riguardo ai rapporti con l'esterno, la nuova legge ha previsto la limitazione delle somme e degli oggetti che possono essere ricevuti dai detenuti, ma non ha posto divieti o limiti per l'invio da parte degli stessi (lett. "c" comma 2-*quater*). Nel regime adottato prima della novella vi era un assoluto divieto all'invio ed alla ricezione di somme da parte del detenuto, poiché si riteneva che le trasmissioni di denaro potessero costituire presupposto, ovvero conseguenza, dell'esercizio di una attività di controllo, dal carcere, di affari illeciti. Tuttavia, essendosi mantenuta una restrizione alla ricezione di denaro, la possibilità di invio all'esterno subisce una conseguente limitazione, e risulta inidonea al perseguimento di quelle illecite finalità che si intendeva scongiurare. Anzi la prassi applicativa aveva messo in luce situazioni nelle quali il divieto assoluto di invio di somme all'esterno si era posto ad ostacolo rispetto ad intenti di tutt'altro segno, quali, ad esempio, quello di venire incontro alle reali necessità dei familiari, ovvero di partecipare a sottoscrizioni in favore di vittime di eventi calamitosi. È prevista altresì la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza ricevuta e di quella diretta all'esterno (lett. "e" del comma 2-*quater*). Tale disposizione però – così come in passato è stato messo in chiaro dalla Corte Costituzionale⁽⁶⁾ – è da intendersi condizionata alla autorizzazione che dovrà essere rilasciata dalla competente autorità giudiziaria, non potendosi ritenere tale norma come una deroga a quanto previsto dall'art. 18 O.P, poiché il controllo giurisdizionale costituisce una garanzia rispetto al sacrificio di un diritto costituzionalmente garantito, quale quello di inviolabilità delle comunicazioni sancito nell'art. 15 Cost.

⁽⁶⁾ Corte Cost. 28 luglio 1993 n. 349, in *Giur. Cost.*, cit., p. 2750.

Con riferimento alle limitazioni relative alle attività svolte all'interno della vita carceraria – volte alla interruzione dei rapporti intrattenuti dai soggetti di vertice delle organizzazioni criminali con i loro omologhi, ovvero con i singoli affiliati, che si trovino anch'essi in stato di detenzione – la nuova disciplina sancisce la possibilità della esclusione dalle rappresentanze dei detenuti (lett. "d" del comma 2-*quater*) e la restrizione del periodo di durata della permanenza "all'aperto" (lett. "f"). Tale ultima disposizione appare nel dettaglio francamente eccessiva, sia con riguardo alla determinazione dei tempi che possono essere trascorsi all'aperto – fissati dalla nuova legge tra il limite minimo previsto dall'art. 10 O.P. ed il tetto massimo di quattro ore – sia ed ancor più con la previsione che i "passeggi" debbano svolgersi in gruppi non superiori a cinque persone. Tale ultima disposizione, di per sé non risulta idonea a garantire lo scopo che si prefigge – alla cui individuazione dovrebbe limitarsi una legge del Parlamento – ma vorrebbe pure dettare i modi e gli strumenti con i quali deve esplicarsi una funzione che andrebbe rimessa per intero alla gestione amministrativa, e che non si presta ad essere disciplinata nemmeno dal Ministro in sede di decreto applicativo. La norma, il cui contenuto è quello di un atto amministrativo di secondo grado, risulta attenta a determinare il numero delle persone che si incontrano, mentre nulla stabilisce in ordine alle caratteristiche dei soggetti che permangono all'aria aperta, né prevede alcunché per impedire che eventuali "rotazioni" nella composizione dei passeggi che potrebbero eluderne la funzione. Il problema non è dato dal numero delle persone che fanno insieme la socialità, ma dalle caratteristiche di composizione dei gruppi, la cui determinazione non può essere rimessa che al direttore dell'istituto. Inoltre non sembra che il Legislatore abbia tenuto nel minimo conto la fattibilità di una concreta applicazione di tale disposizione, che deve essere rapportata agli spazi disponibili per la permanenza all'aperto all'interno di ogni istituto, con la possibilità di porre in crisi la gestione penitenziaria⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Se la permanenza all'aperto venisse fissata in quattro ore, per valutare la fattibilità della disposizione occorrerebbe innanzitutto dividere per cinque il numero dei detenuti sottoposti al regime speciale, in modo da individuare i gruppi di passaggio. Poi occorrerà moltiplicare il numero degli spazi separati, e destinati al passaggio, per tre (considerando che – quand'anche i cortili si mantenessero aperti per dodici ore, dalle otto di mattina alle otto di sera –, non sarà possibile effettuare più di tre turni di quattro ore per ciascun passaggio). Se dunque un istituto avrà quattro spazi dedicati alle attività esterne, potranno essere assicurati 12 turni, ossia permanenze all'aperto separate per un massimo di sessanta detenuti. Ma in alcuni istituti il numero dei detenuti sottoposti al regime speciale è superiore, e vi è carenza di spazi all'aperto, il che complicherà non poco i problemi di gestione penitenziaria.

Rimane da esaminare la lett. "a" del nuovo comma 2-*quarter*, nella quale la nuova legge prevede la possibilità, alquanto generica, di adottare "misure di elevata sicurezza interna ed esterna" al fine di impedire collegamenti, contrasti o interazioni con singoli o con realtà criminali organizzate o con altri detenuti. Tale disposizione lascia alquanto perplesso l'interprete circa la esatta natura delle misure adottabili e sulla stessa funzione della norma, posta in apertura dell'elenco delle possibili restrizioni. Va infatti considerato che se il riferimento fosse diretto alle misure di ordine logistico (quali, ad es., la concreta separazione degli ambienti di detenzione, l'utilizzo di sistemi di radio-controllo, il rafforzamento dei turni di vigilanza o delle scorte) una tale disposizione parrebbe del tutto pleonastica, poiché le misure logistiche e quelle organizzative del personale di sorveglianza non comportano di per sé la sospensione delle ordinarie regole e degli istituti del diritto penitenziario.

In alternativa, le misure di cui alla lettera "a" esse potrebbero essere interpretate quale possibilità ulteriore, – conferita "in bianco" al potere ministeriale di determinazione dei contenuti del regime, – per operare una deroga alle ordinarie regole di detenzione, a prescindere dalla elencazione dei possibili contenuti del regime effettuata nelle successive lettere "b" e seguenti del medesimo articolo. Non vi è però dubbio che l'accesso ad una simile esegesi della disposizione, – quasi come una clausola di "apertura" per prevedere comunque modifiche al regime ordinario anche al di là di quello che la legge stabilisce nelle successive lettere – svilirebbe le medesime ragioni poste a fondamento della disciplina legislativa dei contenuti del regime speciale. Essa poi andrebbe interpretata tenendo anche conto della scelta, effettuata dal Legislatore, di rinunciare ad una vera e propria clausola di chiusura, quale quella contenuta nell'originario disegno di legge di iniziativa governativa, che prevedeva una ulteriore e generica possibilità di incidere su altri istituti della legge penitenziaria non specificatamente indicati nell'elenco.⁽⁸⁾ Del resto una tale clausola di chiusura contenuta nel disegno governativo manteneva un senso in un contesto nel quale le restrizioni risultavano accennate per argomenti, – in guisa di indicazione tematica per la successiva potestà amministrativa di determinazio-

⁽⁸⁾ Cfr. Disegno di legge *Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 Luglio 1975, n.354*, cit., art.2, che prevedeva di aggiungere nel comma 4 lett. "e" dell'art. 41bis la seguente disposizione finale: " la limitazione di ogni altra facoltà derivante dall'applicazione delle regole di trattamento previste dalla presente legge, ove ne sia ravvisato il contrasto con le esigenze di cui al comma 1".

ne dei contenuti – ed in assenza di in dettame puntuale come varato dal parlamento; mentre una disposizione “aperta” quale quella prevista dalla lett. “a” riesce difficile da comprendersi se letta insieme ad altre norme che hanno preteso di stabilire nel dettaglio il regime di vita dei detenuti sottoposti all’art. 41-*bis* O.P.

Resta il fatto che, al di là delle misure di carattere logistico ed organizzativo, tale disposizione appare esplicativa anche di un potere di “sospensione delle regole di trattamento” previsto nell’alinea del comma 2-*quater*. L’unica possibilità di attribuirvi un significato – senza ritenerla una generica clausola di apertura – è rimessa dunque alla possibilità di ritenere sussistente in capo all’amministrazione un potere generale di intervenire per sospendere istituti dell’O.P., ma limitato a tutto ciò che la legge non abbia specificamente previsto; in ogni caso conforme a quei limiti di carattere interno che la novella ha richiamato nell’ultima parte del nuovo comma 2° dell’art. 41-*bis*; e fermi restando i limiti esterni, richiamati dalla Consulta, ed al cui rispetto risulta improntata tutta la riforma. Anche tale possibile interpretazione si presta però a rilievi, giacchè finisce per togliere significato alla compiuta determinazione legislativa dei contenuti del regime speciale, rimettendo in gioco il potere dell’amministrazione di adottare misure la cui oggettiva “congruità” non passi attraverso il vaglio della fonte primaria. Ciò, come vedremo, potrà comportare conseguenze anche sotto il profilo del controllo giurisdizionale.

4. *I Rimedi di giustizia avverso il provvedimento ministeriale*

La recente riforma ha disciplinato in modo più completo lo strumento di gravame avverso il provvedimento del ministro della giustizia, sancendo innanzitutto la instaurazione di un giudizio soggetto alla disciplina degli artt. 666 e 678 c.p.p., e prevedendo così la partecipazione dell’interessato alla udienza, che viceversa non è contemplata per l’attuale reclamo, conformato sul modello dell’art. 14-*ter* o.p.⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Prima che intervenisse la riforma, uno degli aspetti più carenti della normativa era quello relativo agli strumenti di impugnazione avverso il provvedimento di sottoposizione al regime speciale di detenzione. In un primo tempo si era formata una giurisprudenza della Cassazione che affermava la inoppugnabilità dei decreti applicativi del regime speciale; Cfr., in questo senso, la concorde giurisprudenza della Cassazione sino al 1993: Sez. I, 27 febbraio 1993, Sena, in *Cassazione Penale*, 1994, p. 1358, n.844; Sez. I, 19 marzo 1993, Scupola, *ivi*, p. 1358, n. 845; Sez. I, 19 marzo 1993, Donatiello, *ivi*, p. 1359, n.846. Solo successiva-

La novella ha inoltre espressamente stabilito che la facoltà di impugnazione spetti anche al difensore. È stato però da subito rilevato come, in assenza di un obbligo di notifica a quest'ultimo, non vi sia certezza circa il decorso effettivo del termine per l'impugnazione⁽¹⁰⁾. Sarà pertanto l'Amministrazione a doversi fare carico della notifica al difensore del detenuto, e ad assumersi il compito, non semplice, di identificare a quanti ed a quali soggetti spetti tale facoltà, essendo ben possibile che il detenuto si sia avvalso della assistenza di più difensori in svariati procedimenti penali, ciascuno dei quali lo vedeva imputato per reati previsti nell'art. 4-*bis*. Non è difficile immaginare che la definizione di tale questione sarà certamente materia di un giudizio di legittimità. Volendo provare a trovare da subito una prima soluzione, essa si potrebbe ricavare proprio dalle caratteristiche del nuovo giudizio di impugnazione, che conferiscono particolare autonomia a questo procedimento rispetto al processo penale di cognizione da cui origina l'imputazione penale, ed aprono la strada alla possibilità che la scelta del difensore avvenga con riferimento esclusivo alla facoltà di gravame sul provvedimento applicativo del regime di detenzione speciale⁽¹¹⁾. Frattanto l'Amministrazione potrà pertanto regolarsi chiedendo, all'atto della notifica al detenuto, quale sia il difensore nominato per l'esercizio dell'eventuale facoltà di impugnazione, e potrà poi procedere alla notifica dell'atto.

Nella nuova disposizione è stata invece negata la possibilità di un – sia pure parziale – trasferimento di competenza al Tribunale del riesame, previsto nell'originario Disegno di legge⁽¹²⁾.

mente – dopo l'intervento della Consulta che ha ritenuto applicabile analogicamente la procedura di reclamo prevista dall'art. 13-*quater* o.p., – si era avuto un embrionale riconoscimento legislativo della impugnabilità di tali provvedimenti innanzi al Tribunale di Sorveglianza: una disciplina compiuta dello strumento di impugnazione e la esatta delimitazioni dei poteri conoscitivi del giudice competente non erano tuttavia state previste nemmeno a seguito dell'intervento della legge 7 Gennaio 1998 n. 11, che aveva aggiunto il comma 2-*bis* all'art. 41-*bis*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. F.P. GIORDANO, *Commento al nuovo art. 41-bis*, cit., p. 39

⁽¹¹⁾ Con riguardo alla tendenza, normativa e giurisprudenziale, a ricondurre le tipologie procedurali dell'esecuzione penale e del diritto penitenziario nell'ambito di una giurisdizione effettiva, Cfr. FIORIO, *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi*, cit., p. 3056.

⁽¹²⁾ Cfr. Disegno di legge *Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 Luglio 1975, n.354*, cit., art.2, ove si determinava, – nel comma 5 dell'art. 41-*bis*, – per i reclami presentati da detenuti in stato di custodia cautelare, la competenza del Tribunale del distretto di corte di appello nel cui ambito ricadeva l'istituto di assegnazione, ferma restando la competenza del tribunale di sorveglianza per i detenuti già condannati. La proposta avrebbe potuto costituire un primo passo verso la omogeneizzazione delle procedure di controllo giurisdizionale su provvedimenti,

5. *La natura e le caratteristiche del giudizio innanzi al Tribunale di sorveglianza*

Nel nuovo testo sul regime speciale di detenzione si prevede una espressa competenza del Tribunale di Sorveglianza a conoscere tanto della sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, quanto della congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2; ed inoltre si ammette espressamente il potere di procedere ad un accoglimento parziale del ricorso (art. 2-sexies ultima parte)⁽¹³⁾. La disposizione,

riguardanti lo stato di detenzione di un individuo, ma connessi alla pericolosità di gruppi criminali operanti all'esterno. In questo campo sarebbe stato infatti possibile sfruttare l'esperienza già maturata dai tribunali del riesame, giudice abituato a formulare valutazioni sulla pericolosità, attingendo gli elementi di conoscenza dagli atti processuali e di indagine sulle organizzazioni criminali: ossia dalle stesse allegazioni che sono poste a fondamento dei provvedimenti di applicazione del regime speciale. Una eventuale competenza dei tribunali del riesame avrebbe posto le basi per un giudizio "vero" sui presupposti di pericolo per l'ordine e la sicurezza esterna, ri-valutati ai fini della eventuale adozione di misure restrittive di "secondo grado" rispetto alla ordinaria detenzione, quali sono quelle previste dal regime speciale. In capo al medesimo giudice sarebbe stata rimessa una valutazione che trae elementi dallo stesso bagaglio di conoscenze su cui si fonda lo stato di detenzione, e che viene a costituire presupposto per consentire, o negare, l'adozione di una cautela diversa ed ulteriore. Il Tribunale di sorveglianza, da parte sua, è invece organo abituato a valutare il detenuto nella singolarità della sua condizione detentiva, a valutarne i percorsi rieducativi e trattamentali, essendo avvezzo a limitare la sua sfera di conoscenza a ciò che avviene nell'ambito dell'istituzione carceraria, e non ad esprimere giudizi relativi a situazioni di pericolosità di tipo "dinamico", ossia legate a formazioni criminali esterne ed operanti sul territorio. Al contrario esso rimane l'organo più qualificato per valutare la compatibilità dei contenuti del provvedimento con i limiti esterni ed interni delineati dalla Corte Costituzionale: e per questa ragione il Legislatore ha ritenuto di dovere mantenere la sua competenza, anche se, come vedremo, a seguito del riordino legislativo sui contenuti del regime, gli spazi del giudizio di congruità sull'atto amministrativo, dovrebbero essersi sensibilmente ridotti.

⁽¹³⁾ Nell'originario disegno di legge del Governo, - a fronte della codificazione legislativa dei possibili contenuti del regime, e della citata presa di posizione della Cassazione, - e nel rispetto del principio generale sul riparto di giurisdizione segnato dagli artt. 4 e 5 della l. n. 2248/1865 all. E, si era prevista una possibilità di intervento della Sorveglianza limitatamente alla sussistenza di presupposti per l'adozione del provvedimento. Cfr. Disegno di legge, *Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 Luglio 1975, n. 354*, cit., art. 2, che disciplinava così il 6° comma dell'art. 41-bis O.P. "Il Tribunale, entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo, decide ...limitatamente alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento". Tale soluzione appariva coerente con la tipizzazione legislativa delle singole misure adottabili in sede di applicazione del regime speciale, dal momento che il giudizio di congruità e di rispetto dei limiti costituzionali era stato effettuato una volta per tutte dal Legislatore e non poteva pertanto più cadere sull'atto amministrativo che ne ricopiava il dettato.

con riguardo al potere di controllo sulla congruità dei provvedimenti sembra ricopiare i contenuti della sentenza n. 376/1997 della Consulta ma evidentemente senza recepire le ragioni ed il significato di quella espressione utilizzata dal Giudice delle leggi⁽¹⁴⁾. La Consulta, infatti, mediante il giudizio di congruità rimesso al Tribunale di Sorveglianza, intendeva consentire la censura di quei provvedimenti applicativi che, in assenza di una disciplina legislativa, risultassero impattare con i principi contenuti nella Costituzione (i c.d. limiti esterni), ovvero apparissero unicamente volti a ridurre gli spazi di libertà del detenuto senza conseguire le finalità di ordine e sicurezza dettate dalla legge (c.d. limiti interni). La ragione del giudizio di congruità rimesso

⁽¹⁴⁾ In effetti dopo le pronunce rese dalla Corte Costituzionale nel 1993, la Cassazione, in ottemperanza a quanto stabilito dal giudice delle leggi, e superando la propria precedente posizione, era intervenuta per definire l'esatto ambito dell'intervento del Tribunale di Sorveglianza, giudice ordinario chiamato a conoscere di un provvedimento che incide su diritti soggettivi. La Corte Suprema aveva confermato come fosse applicabile analogicamente alla fattispecie *de qua*, la medesima procedura del reclamo, prevista dall'art. 14-ter dell'ord. Pen., per i provvedimenti di sottoposizione al regime di sorveglianza particolare. Nel determinare la natura del controllo sull'atto amministrativo aveva però stabilito che il giudice dovesse rispettare i precisi limiti imposti dal sistema di riparto della giurisdizione delineato dagli art. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo - l. n. 2248/1865 all. E, con esclusione di qualunque valutazione che scendesse al merito delle questioni amministrative. In conseguenza di ciò la Cassazione aveva dichiarato la idoneità della pronuncia del Tribunale a "dichiarare la illegittimità del provvedimento impugnato e disapplicarlo", ma aveva anche fatto divieto allo stesso di sostituire in tutto o in parte il deliberato dell'amministrazione in riferimento ai mezzi prescelti per il raggiungimento del fine perseguito nell'atto. Cfr. Sez. I, 6 dicembre 1994, Vernengo, in *Cass. pen.*, 1996, p. 309, n.180, in cui si afferma che il controllo del giudice ordinario sul provvedimento applicativo debba limitarsi al controllo della legittimità delle prescrizioni, cioè alla riconoscibilità del collegamento tra il detenuto e la situazione che si intende tutelare con l'atto amministrativo, ma non al merito delle stesse, cioè alle singole modalità del regime imposto; ed anche Sez. I, 28 giugno 1994, Bastone, *ivi*, 1996, p. 309, n.180; Sez. I, 28 dicembre 1994, Nomia, in *C.E.D. Cass.*, n. 200573.

Con la pronuncia n. 351/1996 la Consulta aveva poi ulteriormente affermato che il controllo di legittimità della magistratura di sorveglianza dovesse riguardare tanto i limiti esterni al regime speciale di detenzione, - e dunque il rispetto dei diritti che trovano fondamento nella Costituzione, - quanto i limiti interni - costituiti dalla congruità delle misure rispetto al fine di sicurezza che si intende perseguire: poiché mancando questo requisito ogni restrizione si sarebbe risolta in una sofferenza inutile per il detenuto. Tale pronuncia ha indubbiamente esteso la competenza a conoscere dei tribunali di sorveglianza al di là della semplice valutazione circa la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del provvedimento, ma non sino al punto di sostituirsi all'amministrazione nella determinazione dei contenuti del regime.

ai Tribunali risiedeva esclusivamente nel fatto che non era prevista "la sottoposizione ad un regime già interamente predeterminato dalla legge", ma veniva affidato "un assai ampio spazio di scelta all'amministrazione riguardo al concreto atteggiarsi del regime derogatorio". In ragione di queste considerazioni la Corte giungeva a ritenere la legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, attribuendo alla inadeguata formazione dei singoli provvedimenti le disposizioni che apparissero incongrue e incostituzionali. Il giudizio di congruità riguardava dunque atti amministrativi emanati senza una legge cornice che ne delineasse i contenuti. In ogni caso la Consulta non ha mai prospettato poteri del giudice della sorveglianza che mettessero in discussione, nel caso concreto, lo schema generale di disposizioni preventive contenuto nel provvedimento ministeriale di sottoposizione, né ha mai conferito poteri speciali di intervento sulle potestà dell'amministrazione. Anzi si è dimostrata consapevole del fatto che il contenuto dei provvedimenti ministeriali "corrisponde ad uno schema comune", che "si è in presenza di una regolamentazione derogatoria di carattere generale" e che dunque occorre "allontanare l'attenzione dalla specificità dei singoli casi per concentrarla sulla scelte di carattere quasi *normativo*"⁽¹⁵⁾. Con queste espressioni della Consulta doveva intendersi dunque che il giudizio dei Tribunali di Sorveglianza dovesse attenere alla "congruità oggettiva" delle singole misure, e non legarsi alle caratteristiche del singolo detenuto cui venivano applicate. Le eventuali disapplicazioni parziali avrebbero pertanto dovuto riguardare aspetti del provvedimento non disciplinati dalla legge, rispetto ai quali andava sancita l'inidoneità a far parte dello schema generale adottato dall'amministrazione.

Ora che la novella ha determinato con fonte primaria i vincoli conformativi del potere ministeriale, fino a giungere al dettaglio delle singole misure adottabili, il giudizio sulla oggettiva congruità delle restrizioni dovrebbe intendersi effettuato direttamente nella legge. Se una disposizione prevista nella legge dovesse essere ritenuta incongrua, l'unico rimedio idoneo allo scopo dovrebbe essere rappresentato dalla denuncia di incostituzionalità. Il vero problema è dato dal diffondersi di un concetto di "congruità soggettiva" nelle decisioni dei Tribunali di sorveglianza, ossia nella tendenza a modificare le disposizioni del regime, delle quali viene ritenuta l'incongruità, con riferimento alla situazione di un singolo detenuto. La ricorrente eventualità di un

⁽¹⁵⁾ Cfr. Corte Cost., 18 ottobre 1996, n. 351, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 3050.

annullamento parziale a seguito della dichiarazione di incongruità delle misure consentite – previste nella legge e contenute nel decreto –, al di là della anomalia di condurre alla disapplicazione di una disposizione di legge, apre la strada ad una valutazione in concreto delle singole misure adottate per ciascun detenuto ed al giudizio individualizzante sul contenuto del regime 41-*bis*, che costituirebbe una replica delle valutazioni effettuate in sede di processo penale di cognizione, e la negazione della sua funzione preventiva⁽¹⁶⁾.

Non v'è dubbio però che essa può risultare incoraggiata dalle disposizioni della nuova legge che, al comma 2-*sexies* sancisce il potere del giudice ordinario di valutare la congruità dei provvedimenti e la facoltà di procedere ad annullamenti parziali. Per garantire una applicazione della nuova legge coerente ai principi generali va allora ritenuto che le valutazioni sulla congruità dei provvedimenti possano riferirsi unicamente a quelle misure eventualmente adottate dall'amministrazione sulla scorta della disposizione in bianco contenuta nella lettera a) dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater*, e che viceversa non possano riguardare quei contenuti del provvedimento ministeriale che riproducano le disposizioni della legge: giacchè in questo caso l'unico possibile rimedio sarebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale. Quanto alla possibilità prevista dal comma 2-*sexies* di accoglimento parziale del reclamo – e di conseguente annullamento parziale del provvedimento – rimane il dubbio che il Legislatore non abbia ben compreso quale pregiudizio alle prerogative istituzionali dell'amministrazione essa risulti idonea a provocare. In presenza di un testo di legge che riproduce i possibili contenuti del regime speciale, il potere di annullamento parziale può trovare ingesso solo accedendo ad un concetto soggettivo di congruità, che consente al giudice ordinario di valutare le singole prescrizioni con riferimento ad ogni singolo detenuto, ossia negando ogni valore alle finalità di ordine preventivo dello schema di sicurezza approntato dall'amministrazione, e replicando giudizi che traggono la loro ragion d'essere nella responsabilità

⁽¹⁶⁾ Cfr. TURRINI VITA, *Gli uffici di sorveglianza e la disapplicazione del nuovo regolamento penitenziario*, in *Diritto penale e processo*, 2002, n.4, p. 503 ss. L'A. effettua una analisi dei poteri del Tribunale di sorveglianza nei confronti degli atti posti in essere dall'amministrazione penitenziaria. In egli generale ritiene che la valutazione comparativa di interessi contrapposti, specie se fatta per ragioni di ordine e sicurezza, competa costituzionalmente all'autorità amministrativa, non a quella giurisdizionale, che svolge invece funzione di garanzia dei diritti, anche di quelli lesi, nel suo agire, dal potere pubblico.

penale da cui origina la detenzione. Va tuttavia rilevato come anche la Cassazione, in tempi recenti, abbia ribadito che il giudizio dei tribunali debba estendersi al contenuto di ogni singola misura preventiva contenuta nel provvedimento ministeriale, affinché sia possibile valutarne la congruità rispetto alle esigenze di prevenzione che si intendono perseguire⁽¹⁷⁾.

6) *La legittimità dei provvedimenti ministeriali di applicazione del regime speciale di detenzione nella giurisprudenza dei Tribunali di Sorveglianza.*

a) *La problematica della proroga del regime speciale, prima e dopo l'entrata in vigore della nuova legge.*

La tematica della proroga dei provvedimenti di applicazione del regime speciale aveva costituito, anche prima della riforma, materia di ampio dibattito. Già la Corte Costituzionale con la sentenza n. 376 del 1997⁽¹⁸⁾, aveva precisato che i decreti di proroga dovessero contenere una motivazione congrua, in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza, ed autonoma, rispetto ai provvedimenti di prima applicazione; non potendosi ammettere che essi risultassero privi di valide argomentazioni, ovvero supportati da clausole di stile e motivazioni apparenti. La motivazione, pertanto, avrebbe dovuto "giustificare in termini di attualità le misure disposte".

Tale principio era riferibile, in linea generale, alla disciplina dell'istituto del regime speciale, che, prima della riforma, era applicabile – ricorrendo i presupposti di grave pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica – a tutti i delitti previsti nel primo comma dell'art. 4-*bis* o.p., e dunque non necessariamente ai delitti commessi in contesto di criminalità organizzata in generale, ed a quelli di mafia in particolare. Con riferimento a questi ultimi, pertanto, una tale impostazione veniva a collocarsi nel quadro interpretativo tracciato nelle precedenti pronunce della stessa Consulta e della Suprema Corte in materia di criminalità mafiosa, ove si era in più circostanze ribadita la specificità delle attività delittuose commesse in contesto di mafia. In particolare la Corte Costituzionale con la sentenza n.306 del 1993⁽¹⁹⁾, in tema di divieto di concessione dei benefici per gli appartenenti alla criminalità organizzata e i

(17) Sez. I, 5 febbraio 2004, Zara, in *CED Cass.*

(18) Cfr. Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 3623.

(19) Cfr. Corte Cost. 11 giugno 1993, n. 306

condannati per gravi delitti, ai sensi dell'art. 4-bis L. 26.7.1975 n. 354 modificato dal D.L. n. 306/92 convertito in L.356/1992, aveva affermato il principio secondo il quale *dalla commissione di delitti di criminalità organizzata discende una presunzione di persistenza dei collegamenti con quella, salva la dimostrazione della loro rottura mediante condotta collaborativa o condotta comunque evidenziante la dissociazione*. Da parte sua la Cassazione⁽²⁰⁾ aveva già affermato che l'adempimento probatorio in tema di permanenza del vincolo associativo può essere condotto con procedimento logico-indiziario, muovendo dal dato di fatto dell'estrema difficoltà della prova del recesso da una pregressa partecipazione associativa, senza il concorso di particolari condizioni, quali la dissociazione a rischio della vita, l'estromissione e simili; e che la mera detenzione non è sufficiente ad interrompere la permanenza del vincolo associativo risultando che, pur nella restrizione degli affiliati, l'organizzazione criminale riesce a perseguire il programma associativo, non soltanto mantenendo costanti contatti con l'esterno, e con gli altri affiliati in particolare, ma giungendo a realizzare specifici progetti delittuosi.

Cosicché, nella motivazione della proroga del regime per gli esponenti della criminalità mafiosa, la prevalente interpretazione riteneva valido argomentare che l'assenza di ulteriori elementi, circa i collegamenti attuali con formazioni esterne di criminalità organizzata, dovesse attribuirsi all'efficace funzionamento del circuito, – e non valutarsi come presupposto per l'eventuale cessazione del regime. Mentre il recesso dall'associazione o il venir meno della pericolosità del soggetto non potevano considerarsi conseguenza del semplice decorso del tempo, dal momento che gli indici da cui essi possono desumersi con certezza si ridurrebbero a poche evidenti e gravi ragioni la cui ricorrenza non può lasciar adito a dubbi: scioglimento, senza confluenze, del gruppo criminale di appartenenza; fattiva e concreta dissociazione, collaborazione con la giustizia.

A seguito dell'approvazione della riforma, questa impostazione è stata recepita nel corpo della medesima legge, che nel disciplinare una durata dei provvedimenti *non inferiore ad un anno e non superiore a due* ha disposto la loro prorogabilità *nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno, purchè non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche od eversive sia venuta meno*.

⁽²⁰⁾ Cfr. Sez. I, 24 giugno 1992, Alfano, in CED Cass. n. 191309/1992

Tale disposizione, sin dalle prime interpretazioni, ha suscitato taluni atteggiamenti critici in alcuni operatori, i quali hanno ritenuto che tale norma verrebbe così a violare il diritto di difesa del detenuto, previsto dall'art. 24 Cost. Si è osservato a tal proposito che, "mancando l'accertamento aggiornato sulla continuità ed attualità del detenuto di mantenere contatti con l'esterno...non esisterebbe una sede nella quale possa manifestarsi il venir meno di tale capacità di contatto"⁽²¹⁾. Non si è mancato poi di rilevare che risulterebbe poco verosimile che i nuovi elementi da cui desumere la diminuita capacità di collegamento, possano essere forniti da quegli stessi soggetti onerati del compito di addurre gli elementi donde desumere la pericolosità. In conseguenza di ciò si è dunque rilevato il possibile contrasto con l'art. 27 comma 3 Cost., che sancisce l'obbligo di osservazione e di trattamento per tutti indistintamente i detenuti, quale che sia la loro pericolosità. Tale obbligo, si è sostenuto, verrebbe nei fatti eluso dall'affermarsi, nei confronti di talune tipologie di detenuti, del primato della funzione di contenimento sulle finalità rieducative della pena. Per sostenere tale posizione si è fatto riferimento ai principi già espressi dalla Corte Costituzionale con riguardo alla proroga, a proposito della quale il giudice delle leggi – nella sentenza n. 349/1993 – aveva sancito che "ogni provvedimento di proroga deve essere adeguatamente motivato in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire"⁽²²⁾; e – nella decisione n. 376/1997 – aveva affermato che "il regime speciale si fonda non già astrattamente sul titolo di reato 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"⁽²³⁾.

Questi rilievi – sulla cui fondatezza sarà comunque la Corte Costituzionale a dire l'ultima parola – sembrano tuttavia contenere delle semplificazioni. In primo luogo non tengono conto della difficoltà, se non della impossibilità, di rinvenire elementi attuali di pericolosità nei confronti di un soggetto al quale sia stata applicata in modo efficace a disciplina dell'istituto del regime speciale. Se l'applicazione del regime è effettiva e sortisce il suo scopo non dovranno e non potranno raccogliersi elementi di reiterazione di condotte criminose o pericolose, per la semplice

(21) Cfr. Trib. Sorv. Napoli, 30 giugno 2003, ord. n. 4780/03, Geraci.

(22) Cfr. Corte Cost. 28 luglio 1993 n. 349, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 2740 ss.;

(23) Cfr. Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit., p. 3623.

ragione che le comunicazioni con l'esterno saranno limitate e sottoposte a controllo. Così ragionando dovrebbe ritenersi che per tutti i detenuti, ai quali il regime sia stato correttamente applicato, esso debba necessariamente venire meno, e dunque anche per i capi storici di "cosa nostra", perché – a fronte della assenza di segnali concreti di cambiamento – andrebbe spiegato quale debba essere il meccanismo di operatività del fattore tempo rispetto alla valutazione della diminuita capacità di collegarsi con l'esterno. In secondo luogo questa impostazione evidenzia una visione individualizzata delle esigenze di prevenzione poste a fondamento della misura, che trascura i segnali di pericolosità che giungono dal gruppo criminale operante all'esterno – ed al quale il detenuto risulta affiliato, in assenza di elementi in senso contrario –. Vi è pertanto il rifiuto della dimensione dinamica dell'istituto di prevenzione – la cui funzione è quella di prevenire, giova ricordarlo, e non di punire. I contenuti del regime speciale – opportunamente puntualizzati nella nuova legge sulla base delle indicazioni fornite dalla Consulta – non dovranno incidere né sul residuo di libertà del detenuto, né sulle opportunità di tipo trattamentale che dovranno comunque essere offerte anche a chi è sottoposto al regime. Il diritto di difesa dunque non sarebbe violato con la nuova disciplina della proroga, giacché il soggetto non deve difendersi da un comportamento a lui ascrivibile, ma semmai dovrà evidenziare elementi da cui può desumersi che sia venuta meno per sé una condizione – già provata in sede di prima applicazione del regime – di collegamento alla realtà complessa che lo ha visto parte di una organizzazione criminale tuttora presente sul territorio.

È di tutta evidenza dunque che la nuova disposizione sulla proroga contenga una disciplina dell'onere della prova circa la permanenza dei presupposti di prima applicazione del regime.

A voler essere più precisi, nel caso di specie si verserebbe in una situazione analoga, ma non identica, a quella operante in materia di custodia cautelare per reati di mafia – per il disposto dell'art. 275 c.p.p. – laddove si ritiene presunta la pericolosità di un soggetto, ed obbligatoria la custodia in carcere, in presenza di gravi indizi di colpevolezza per il reato di associazione mafiosa. Nel caso della proroga del regime speciale, tuttavia, non può parlarsi di effettiva inversione dell'onere della prova. E ciò perché il provvedimento di prima applicazione del regime ex art. 41-bis non costituisce semplicemente la conseguenza della commissione di un determinato tipo di reato, ma deve avere a presupposto anche la prova della pericolosità del detenuto e

della sua capacità di mantenere collegamenti con l'associazione mafiosa. La nuova disposizione sulla proroga del regime speciale, pertanto, non contiene una presunzione di pericolosità, ma più semplicemente una presunzione di persistenza dei collegamenti con il gruppo criminale, – già valutati in sede di prima applicazione del decreto – e dunque di stabilità del vicolo medesimo⁽²⁴⁾. Non dovrebbe quindi porsi alcun problema di compatibilità costituzionale, – così come avvenne, in un primo tempo, nel dibattito sulla legittimità dell'art. 275 c.p.p. –, ma anzi possiamo ben dire che la nuova disciplina legislativa sembra aver recepito le richiamate posizioni della Corte Costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione circa la permanenza dei vincoli di affiliazione mafiosa. Possiamo allora conclusivamente affermare che il nuovo regime sulla proroga prevede non una inversione, ma una "ripartizione" dell'onere della prova, per cui spetta all'Amministrazione, 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 non ne abbia già avuto in altro modo conoscenza. Naturalmente la presunzione di stabilità del vincolo può essere rafforzata da una molteplicità di elementi la cui compresenza può costituire riprova della capacità del detenuto di mantenere contatti con l'esterno, e della utilità per i componenti liberi dell'organizzazione di mantenere ogni possibile relazione con i capi detenuti dell'organizzazione. Tra gli altri indici rivelatori della capacità a mantenere collegamenti, può assumere particolare rilievo la permanenza delle attività criminali; la presenza sul territorio di capi o responsabili dell'organizzazione che siano tuttora latitanti; ovvero l'attualità dell'erogazione di mezzi finanziari da parte dell'organizzazione, desumibile dal tenore di vita della famiglia del detenuto, e dall'analisi delle fonti di reddito che possono giustificarlo⁽²⁵⁾.

(24) Pur mantenendosi una forte analogia tra i due istituti, va pertanto precisata la posizione sull'argomento tendente a rinvenire una identità del meccanismo di inversione dell'onere della prova. Cfr. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis...* cit., p. 10 ss.

(25) Sul punto appare decisiva e completa la elencazione effettuata in E. MACRI', Direzione Nazionale Antimafia, Dipartimento Studi e documentazione, *Linee di orientamento sull'applicazione del regime speciale di detenzione ex art. 4-bis o.p., alla luce della giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 6., con riferimento agli elementi ulteriori da porre a sostegno della motivazione dei decreti di proroga, nella vigenza del precedente regime, ove non era prevista alcuna disciplina di ripartizione dell'onere della prova. L'A., richiamata l'attenzione sulla

A dispetto della chiarezza della nuova disciplina sulla proroga, va però detto che essa, in alcuni casi, è stata disattesa nella giurisprudenza di merito di alcuni tribunali di sorveglianza, con l'effetto di determinare la caducazione del provvedimento di applicazione del regime speciale anche nei confronti di alcuni importanti esponenti della criminalità mafiosa. Una delle ricorrenti cause di annullamento dei Tribunali è infatti tuttora rappresentata dal rilievo che i decreti di proroga non sarebbero supportati da circostanze recenti o fatti concreti da cui possa desumersi il perdurare del vincolo associativo. Si tratta in verità di pronunce nelle quali sovente è omesso il riferimento alla violazione normativa⁽²⁶⁾ che sta a presupposto della decisione; altre volte è citata giurisprudenza ormai superata dall'entrata in

necessità di reperire elementi analitici e soggettivamente rilevanti per la motivazione dei provvedimenti di proroga, vigente la precedente normativa, ha posto l'attenzione sui seguenti aspetti rivelatori dell'attualità dei collegamenti:

a) 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;

b) presenza di latitanti di spicco appartenenti all'organizzazione di cui sopra, con conseguente pericolo di scambio di messaggi e di informazioni tra il gruppo di associati interno all'ambiente carcerario e quello esterno;

c) permanenza dei ruoli direttivi, o comunque di particolare rilievo, all'interno delle organizzazioni di appartenenza anche dopo l'inizio della detenzione, desumibile dalle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia e dal ruolo guida assunto e/o riconosciuto nelle aule di giustizia nel corso del dibattimento.

⁽²⁶⁾ Cfr. Trib. Sorv. L'Aquila, 4 marzo 2003, ord. n.14/2003, Pulvirenti, ove si ritiene che "non appare giustificata l'ennesima proroga del regime detentivo differenziato nei confronti del Pulvirenti, non risultando dagli atti la sua persistente elevata pericolosità sociale, né soprattutto l'attualità dei collegamenti del medesimo con la criminalità organizzata". La motivazione poi prosegue dando atto che la mancanza dei collegamenti va legata al fatto che il ricorrente è "detenuto da oltre dieci anni, gli ultimi otto dei quali sottoposto al regime differenziato previsto dall'art. 41-bis, comportante, tra l'altro, la possibilità di effettuare un solo colloquio al mese con i familiari, della durata non superiore ad un'ora e con un robusto vetro divisorio, nonché la sottoposizione a visto di tutta la corrispondenza". In definitiva si riconosce che l'assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata è conseguenza del regime differenziato, ma si ritiene di doverlo comunque revocare.

Contra Trib. Sorv. Bologna, 23 maggio 2003, Garonfolo, n. 8724/02, che, con semplice riferimento alla nuova disposizione di legge, rileva come, ai fini della proroga, non sia richiesta al Ministro "l'enunciazione di nuovi fatti emersi nell'ultimo periodo di carcerazione" ... "ne consegue che il sindacato di legittimità esercitato dal Tribunale di Sorveglianza in sede di reclamo è limitato alla puntuale verifica degli elementi ... che hanno comportato in origine l'applicazione del regime ... senza che sia necessaria per ogni successivo rinnovo la verifica di nuovi fatti che motivino ogni singolo provvedimento."

vigore della nuova legge; spesso è omessa la qualificazione del vizio amministrativo che ha causato l'annullamento del provvedimento⁽²⁷⁾. Se vero è che al giudice ordinario è infatti conferito un potere di conoscere dei vizi dell'atto amministrativo, in deroga ai principi generali sul riparto della giurisdizione, risulterebbe alquanto utile – ai fini di una esatta ricostruzione logica e giuridica dell'atto, e soprattutto per verificare il rispetto dei presupposti di legge, della competenza e del corretto uso del potere amministrativo, – evidenziare da quale vizio risulti affetto il provvedimento del quale si provoca la caducazione. Nel caso di annullamento del decreto di proroga "per mancata prova di attualità dei collegamenti", trattandosi di presupposti di applicazione del regime, e dunque di materia legislativamente disciplinata, il vizio da evidenziare nel corpo del provvedimento giudiziario dovrebbe essere la violazione di legge. Ma tale esplicitazione generalmente non risulta presente nelle pronunce che fondano il giudizio di invalidità sulla carenza di elementi di attualità nelle motivazioni sulla proroga. Ciò non stupisce, giacché la legge, in materia di proroga, dispone esattamente al contrario rispetto a ciò che si statuisce in tali giudizi: ossia non richiede che l'Amministrazione fornisca alcun elemento ulteriore, ma semmai le impone di valutare l'assenza di nuovi elementi, come legittima ragione per disporre la proroga. L'unica strada percorribile, per i tribunali che non condividano il contenuto di tale disposto normativo, è, e rimane, dunque la denuncia di incostituzionalità della legge, con conseguente trasmis-

(27) Cfr. Trib. Sorv. Torino, 11 aprile 2003, ord. n. 2158/03, Rapisarda, ove, in tema di proroga, viene riscontrata una carenza di motivazione nel provvedimento amministrativo circa l'attualità dei collegamenti, laddove una motivazione ulteriore sulla attualità non risulta richiesta dalla nuova legge. "La motivazione del decreto appare invece generica e non suffragata da seri elementi di riscontro laddove investe i profili della attualità della pericolosità sociale e dei collegamenti del Rapisarda con la criminalità organizzata e della conseguente necessità di una ulteriore proroga del regime ex art. 41-bis O.P....Il Tribunale non può non osservare che il Rapisarda è detenuto interrottamente dal 28.11.90 e che dal 1992 è sottoposto al regime carcerario in questione: pur assumendosi i reati commessi come sintomatici di pericolosità sociale del reo, ciò non è tuttavia sufficiente per farne discendere, automaticamente, l'attualità dei collegamenti con il gruppo di appartenenza, nonostante la lontananza nel tempo dei fatti criminali – tutti antecedenti all'inizio della carcerazione – o la lunga, ininterrotta sottoposizione ad un regime che, attraverso la sospensione di numerose regole trattamentali, è specificamente finalizzato ad impedire il mantenimento di legami con le organizzazioni criminali". Anche in questo caso la revoca della disciplina consegue alla constatazione che grazie all'introduzione nel circuito sono stati evitati i contatti con i gruppi criminali operanti all'esterno.

sione degli atti alla Consulta, essendo dunque ogni decisione sul punto rimessa al giudice delle leggi. Tale è stato l'orientamento di alcuni organi giudiziari, che hanno investito del caso la Corte Costituzionale innanzi alla quale pende tuttora la questione⁽²⁸⁾. Il diverso atteggiamento, manifestato da altri collegi, che si è sostanziato nella pronuncia di annullamento del provvedimento, ignorando il disposto della nuova legge sulla proroga, costituisce piuttosto espressione di una violazione di legge, e non l'atto che viene a caducarsi.

Guardando il fenomeno da una dimensione prospettica più ampia occorre chiedersi quali siano state, e possano essere in futuro, le conseguenze di un tale atteggiamento interpretativo sulla gestione complessiva delle esigenze di sicurezza che si intende garantire mediante lo speciale regime detentivo. Per comprenderlo basta osservare cosa avviene nella prassi: come è noto i *boss* più pericolosi, ossia i veri capi storici e carismatici di cosa nostra, sono per lo più soggetti detenuti da lungo tempo. Per costoro gli elementi di motivazione contenuti nei decreti di proroga del regime non possono che trarsi da dati investigativi oggettivamente risalenti nel tempo. I nuovi adepti, – ascresi a ruoli di comando solo per la detenzione dei *boss* in regime di 41-*bis* o.p., che ha impedito la gestione degli affari criminali dal carcere – risultano essere inevitabilmente soggetti di minor caratura criminale, ma sono invece raggiunti da elementi processuali più recenti. Se dovesse prevalere la predetta, e da noi non condivisa giurisprudenza, – che continua a richiedere elementi di attualità a sostegno della proroga del regime, a dispetto della chiarezza della nuova legge –, avremmo in breve tempo un circuito 41-*bis* composto di nuove leve – denominate "capi" o "reggenti" dell'organizzazione negli atti processuali – ma di fatto supplenti dei supplenti, rispetto ai vecchi *uomini d'onore* da tempo detenuti. Questi ultimi, peraltro, verrebbero progressivamente ad ottenere la caducazione del decreto applicativo, in modo tanto più agevole quanto più sia distante il momento in cui abbia avuto inizio l'ultima detenzione. E ciò perché la dimostrazione dell'attualità dei collegamenti, in costanza di una efficiente e scrupolosa applicazione del regime speciale, si traduce per

(28) Cfr. Trib. Sorv. Napoli, 30 giugno 2003, ord. n.4780/03, Geraci, con cui viene sospeso il giudizio e vengono rimessi gli atti alla Corte Costituzionale, ritenendosi rilevante la questione relativa al possibile contrasto dell'art. 41-*bis* comma 2-*bis* l. n. 354/1975, – come novellato dall'art. 2 della l.n. 279/2002, recante la nuova disciplina sulla proroga dei provvedimenti di applicazione del regime speciale – con gli artt. 3, 13, 24, 27, 97, e 113 della Costituzione.

l'Amministrazione in una *probatio diabolica*, tanto più difficile, quanto più sia protratta ed efficace la detenzione nell'ambito del circuito 41-*bis*. Proprio per tale ragione, nel ripartire l'onere della prova dei collegamenti con l'esterno, la nuova legge aveva dispensato il Ministro dall'onere di aggiornare, con nuovi elementi raccolti *in fieri*, il quadro degli elementi già contenuti nel provvedimento di prima applicazione.

Peraltro, con riguardo alla struttura interna dell'organizzazione criminale mafiosa, si è già avuto modo in altra occasione di osservare come le nuove investiture, più o meno temporanee, ai vertici delle associazioni, in funzione di reggenza o di luogotenenza, siano avvenute solo per bisogno di continuità nella conduzione degli affari criminali; e come le associazioni mafiose abbiano una struttura verticistica che non può prescindere dalle decisioni dei capi, benché essi siano detenuti da lungo tempo. Pertanto la più diretta delle conseguenze, della mancata applicazione delle nuove disposizioni sulla proroga del regime, potrebbe rinvenirsi nel rischio di un circuito 41-*bis* affollato di nuove leve, ma privo di una parte consistente dei vecchi *boss di cosa nostra*, reimmessi nei circuiti di detenzione ordinari, e posti nella condizione di riprendere dal carcere il governo delle attività illecite.

Occorre inoltre avere riguardo alla non trascurabile circostanza che il venir meno del regime comporta sempre il trasferimento ad una diversa sede penitenziaria, giacché il regime viene applicato in sezioni appositamente dedicate. Per questa ragione anche in caso di ripristino – per intervento della Cassazione o per nuova applicazione della disciplina – gli effetti pratici dell'annullamento risultano irretrattabili: immissione in altri contesti detentivi; instaurazione di nuovi contatti; assunzione di informazioni provenienti dall'esterno; possibilità di comunicare e ricevere disposizioni. L'eventuale ripristino del regime speciale reca pertanto con sé il rischio di reimmettere nel contesto della detenzione speciale un soggetto che dispone di nuove e recenti informazioni e disposizioni, con il pericolo che esse possano essere diffuse nelle sezioni 41-*bis*.

Va però registrato l'intervento sul punto della Corte di Cassazione che con una pronuncia del 14 Novembre 2003, sul caso Mazzitelli, è andata in diverso avviso rispetto alla giurisprudenza di merito prima citata, operando una importante correzione di rotta⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ Cass. Sez. I, 14 Novembre 2003, *Mazzitelli*, in *Cassazione Penale*, 2004, con nota di ARDITA.

La Corte, nell'affermare una interpretazione della norma fedele al nuovo testo della legge, ha infatti distinto il giudizio di merito sui presupposti del provvedimento di applicazione – che si effettua in sede di reclamo avverso l'atto di prima applicazione – dal giudizio sulla sussistenza dei medesimi in esito alla sopravvenienza di nuovi fatti dai quali può desumersi una attenuazione della capacità di relazionarsi con l'ambiente criminale esterno. Rispetto alla valutazione di merito sulla rilevanza del ruolo rivestito all'interno della consorteria e sulla situazione di pericolosità generata dalla capacità di un soggetto di influenzare le condotte criminose in ambiente extrapenitenziario, la Cassazione ha ritenuto non più sindacabile quanto già eventualmente statuito nella pronuncia del Tribunale di sorveglianza sul reclamo avverso il provvedimento di prima applicazione. Tale giudizio sulle questioni di merito, una volta esaurita la serie dei rimedi processuali, acquista in ordine a quei presupposti l'effetto di cosa giudicata. Tale giudicato, nel caso di conferma del provvedimento ministeriale, focalizza pertanto una situazione, in fatto ed in diritto, che è quella descritta negli argomenti posti a sostegno del primo decreto, ed è destinato ad avere vigore fintanto che non venga a mutare quel quadro di elementi presupposti. La permanenza di una posizione di rilievo all'interno di un gruppo criminale e l'attualità della capacità di relazione con l'ambiente esterno possono dunque essere messi in discussione solo dalla sopravvenienza di nuovi fatti, i soli che giustifichino un riesame della situazione ed aprono la strada ad un nuovo giudizio sulla attualità delle esigenze di prevenzione.

b) *Il problema del metodo mafioso e della finalità di agevolazione mafiosa. La ritenuta necessità di contestazione dell'aggravante dell'art. 7 L. n. 203/1991 ai fini della applicazione del regime.*

Una frequente causa di annullamento dei provvedimenti di sottoposizione al regime speciale da parte dei Tribunali di Sorveglianza è legata alla valutazione del titolo di reato che costituisce il presupposto per l'applicazione del regime speciale. Sappiamo che, con un rinvio al nuovo testo del primo periodo dell'art. 4-bis, comma 1 O.P. – novellato nella medesima l. n. 279/2002 – è stato individuato un elenco di fattispecie, in presenza delle quali può essere applicato il regime speciale. Rispetto alla elencazione tassativa di previsioni di reato, spicca

la presenza di una indicazione "aperta" relativa a delitti comunque commessi al fine di agevolare le attività delle associazioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero avvalendosi delle condizioni previste in detto articolo. Si tratta come può notarsi, di una indicazione che ricalca i contenuti dell'aggravante dell'art. 7 l. n. 356/1992, anche se nella disposizione nessun riferimento viene fatto alla eventuale contestazione dell'aggravante in sede giudiziaria.

Vi è giurisprudenza di alcuni tribunali che non ritiene applicabile l'art. 41-*bis* o.p. per delitti – diversi da quelli contemplati nel 1 comma dell'art. 4-*bis* o.p. – nei quali manchi la espresa contestazione dell'aggravante dell'art. 7 d.l. n. 203/1991, anche se di fatto essi appaiano chiaramente connotati dalle modalità mafiose o compiuti allo scopo di agevolare una tale associazione⁽³⁰⁾.

Anche tale linea interpretativa merita delle osservazioni di dissenso, innanzitutto sul piano della stretta interpretazione normativa. Dal momento che la legge parla di reato commesso "al fine di agevolare le associazioni mafiose, ovvero con le modalità..." deve ritenersi chiaro il riferimento alle caratteristiche del reato, e non alla effettiva contestazione dell'aggravante: e ciò perché se la legge avesse voluto riferirsi a tale situazione formale avrebbe recitato diversamente (*I reati per i quali è contestata l'aggravante dell'art. 7*). Ma una diversa interpre-

⁽³⁰⁾ Cfr. Trib. Sorv. Perugia, 15 aprile 2003, ord. n. 600, Mariano, nella quale si afferma "è appena il caso di evidenziare che gli altri reati per i quali è intervenuta la predetta condanna non risultano essere stati contestati al reclamante con l'aggravante di cui all'art. 7 l.n. 203/1991".

Sullo stesso argomento è singolare poi Trib. Sorv. Torino, 13 Giugno 2003, ord. n. 3390, Pillera, avente ad oggetto la applicabilità del regime ad un soggetto condannato per omicidio durante una guerra di mafia antecedente al 1991 – circostanze evidenziate in sentenza allegata e richiamata nel provvedimento di applicazione. Nella decisione si parte dall'assunto, da noi condiviso, che grava sull'amministrazione la prova della riconducibilità a finalità mafiosa della commissione dei delitti non espressamente indicati nella prima parte del 1 comma dell'art. 4-*bis*, laddove essa non emerga dalla indicazione della contestazione dell'aggravante speciale prevista dall'art. 7. Poi con nella motivazione, dopo essersi dato atto della particolare pericolosità del soggetto ricavabile dal testo della sentenza, si finisce con il sostenere "l'opportunità che il provvedimento impugnato evidenziasse le ragioni dalle quali far discendere da ciò l'attualità ...del pericolo concreto di contatti del Pillera con esponenti del crimine organizzato". E dunque la pronuncia esordisce riconoscendo l'aspetto funzionale della disposizione, ma finisce comunque col richiedere che tale finalità di agevolazione mafiosa del delitto abbia una rifluenza sull'attualità del pericolo di contatti con l'esterno, così disconoscendo gli effetti della nuova disposizione legislativa sulla proroga. Vd. La problematica trattata nel precedente paragrafo.

tazione verrebbe anche a porsi in contrasto con la funzione dell'istituto, esplicitata nell'ambito del comma 2 del nuovo art. 41-bis, che è quella di impedire i collegamenti tra gli affiliati detenuti e l'associazione criminale operante all'esterno. In particolare una impostazione di tipo formalista porterebbe all'esclusione del regime, tra l'altro, per quei reati di mafia, pur gravissimi, ma commessi in epoca antecedente all'entrata in vigore del D.L. n. 203/1991, ponendo surrettiziamente un *terminus post quem* di applicabilità dell'istituto – per coloro che abbiano commesso reati con modalità (o per agevolazione) mafiosa – fissato nel momento di entrata in vigore della norma che ha previsto la predetta aggravante speciale. E dunque, se funzione della norma è il perseguimento di una finalità di prevenzione, inutile e dannosa risulta la ricerca di elementi formali che la legge non indica né prevede. E infatti se, da un lato, ai fini dell'applicazione della disciplina, il riferimento al titolo di reato cui si riferisce la detenzione serve ad impedire che la misura più rigorosa sia riferita al tipo d'autore; per altro verso, la funzionalità della condotta al fine di mafia (e/o la commissione con modalità mafiose) costituisce un inevitabile criterio indicativo dell'inquadramento del fatto in orbita di criminalità organizzata, a prescindere dalla contestazione dell'aggravante. Anche perché la mancata contestazione, oltre che discendere da una possibile strategia o da mera dimenticanza dell'autorità giudiziaria procedente – che non devono comunque influire sulle esigenze di prevenzione previste da un diverso istituto – potrebbe essere generata da cause affatto legittime. A parte il caso del soggetto ristretto per un reato commesso in epoca antecedente alla sua entrata in vigore, di cui si è già detto, non va dimenticato che una ricorrente interpretazione della disciplina dell'aggravante di cui all'art. 7 l. n. 203/1991 non ne riteneva possibile la contestazione per i reati puniti con la pena dell'ergastolo. Dalla lettura del testo della norma, che prevedeva l'inasprimento, da un terzo alla metà, della sanzione prevista per i delitti puniti con la reclusione con esclusione della pena dell'ergastolo, alcuni operatori desumevano la non compatibilità dell'aggravante con i reati puniti "in astratto" con l'ergastolo. È dunque accaduto di frequente che reati commessi in modo conclamato in contesti di criminalità mafiosa, per volontaria scelta delle autorità giudiziarie procedenti, non abbiano avuto in contestazione l'aggravamento speciale.

Ebbene, alla luce della predetta interpretazione formalistica dei Tribunali di sorveglianza – con riferimento alle modalità ed

alla funzionalità mafiosa del reato presupposto ai fini dell'applicabilità del regime speciale – non sono mancate conseguenze aberranti, *a priori* non prevedibili né immaginabili. Tra esse è degna di rilievo l'annullamento del regime 41-*bis* nei confronti di un detenuto, punito con l'ergastolo confermato in appello, perché riconosciuto autore della strage di via D'Amelio: nonostante fosse detenuto per un fatto costituente uno dei più gravi attacchi mafiosi alle istituzioni dello Stato, la mancata contestazione formale dell'aggravante dell'art. 7 nel giudizio, ha indotto il Tribunale a revocare nei suoi confronti il regime detentivo speciale ...!(³¹).

Questione completamente diversa è costituita naturalmente dal mancato riconoscimento processuale della contestata aggravante. Il vaglio del giudice del dibattimento che escluda i nessi tra il fatto reato, la finalità di agevolazione e le modalità di commissione mafiose, costituisce un titolo insuperabile da cui desumere la non ricorrenza dei presupposti per l'applicazione del regime 41-*bis*, salvo naturalmente che il soggetto non sia detenuto per una delle altre fattispecie del primo periodo dell'art. 4-*bis* o.p.

c) Lo scioglimento del cumulo della pena ai fini della individuazione dei reati che consentono l'applicazione del regime 41-bis.

Altro grave problema che si è posto in giurisprudenza è quello della ritenuta scindibilità del cumulo di pena ai fini della individuazione del titolo di reato che legittima la applicazione del regime detentivo speciale. Nel caso di condanne per più

(³¹) Cfr. Trib. Sorv. Perugia, 18 Giugno 2003, ord. N977/2003, Tagliavia, ove si legge in punto di motivazione: " Rilevato come il reclamante risulta essere attualmente detenuto in custodia cautelare per reati diversi da quelli di cui all'art. 4bis, 1° comma 1° periodo O.P. (fatto 006 e 010 della posizione giudica)...". Nel corpo della decisione non viene nemmeno presa in considerazione la natura del fatto reato, né il contenuto della sentenza, né la funzionalità del commesso reato alle strategie dell'associazione mafiosa, facendosi riferimento alla mera circostanza di forma della mancata contestazione dell'aggravante dell'art. 7 L.n. 203/1991.

Una analoga situazione, – originata dalla interpretazione formalistica della finalità di agevolazione mafiosa tra i presupposti di applicazione del regime speciale – è data dall'annullamento del regime nei confronti di un detenuto condannato all'ergastolo per l'omicidio del presidente del magistrato Antonino Saetta e del figlio Stefano, senza la contestazione dell'art. 7 L. n. 203/1991. Cfr. Trib. Sorv. Perugia, 18 Giugno 2003, ord. N978/2003, Ribisi.

reati i tribunali di sorveglianza ritengono generalmente che il regime debba permanere fintanto che il detenuto non abbia scontato quella porzione di pena relativa alla condanna per uno dei reati per i quali è previsto il 41-*bis* (e contemplati nell'art. 4-*bis* o.p.)⁽³²⁾. E pertanto il regime detentivo viene posto in stretta correlazione con la espiazione della pena per il reato che ne è stato presupposto di applicazione. Cosicché ad esempio può accadere che un capo mafia, il quale abbia subito una condanna a trent'anni di reclusione, di cui sei per associazione mafiosa e 24 per un reato-fine, dopo avere scontato sei anni, ottenga l'annullamento del regime. A tutti risulteranno chiari gli effetti di questa impostazione interpretativa in abbinamento all'atteggiamento formalista – prima richiamato – che nega l'applicabilità del regime speciale per i reati, pur commessi con modalità o per agevolazione mafiosa, quando tuttavia sia assente la contestazione dell'aggravante di cui all'art. 7 D.L. n. 203/1991.

Questa impostazione si è formata per via della interpretazione estensiva data ad una sentenza delle SS.UU., 30.6.1999, Ronga, emessa sotto il previgente regime, nella quale era sancito che *nel corso della esecuzione il cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato è scindibile, ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, in ordine ai reati che di questi non impediscono la concessione e sempre che il condannato non abbia la pena relativa ai delitti ostativi*.

La estensione degli effetti di tale massima alla materia che ci occupa non risulta condivisibile. Come ben si comprende, la linea seguita dalla Corte Suprema nella citata pronuncia, appare chiaramente volta a non precludere l'accesso ai benefici penitenziari, ossia ad istituti riguardano l'esecuzione della pena. Quella decisione, pertanto, muove da considerazioni fondate tutte all'interno dei principi del diritto penale sostanziale, e ispirate alla regola del *favor rei* con riguardo al forte nesso sussistente tra la condotta penalmente sanzionata del detenuto e l'accesso alle (ovvero la negazione delle) opportunità previste dall'ordinamento penitenziario, in costanza di detenzione ovvero in alternativa alla stessa.

Nel determinare una assimilazione concettuale tra la materia dei benefici penitenziari ed il regime dell'art.41-*bis* o.p. la giurisprudenza dei Tribunali di Sorveglianza ha pertanto ritenu-

⁽³²⁾ Si vedano per tutte Trib. Sorv. Perugia, 17 Giugno 2003, ord. N949/2003, De Martino; Trib. Sorv. Perugia, 18 Giugno 2003, ord. N977/2003, cit.

to di riconoscere all'istituto del regime speciale una funzione punitiva ulteriore, una sorta di meccanismo retributivo supplementare rispetto alla semplice espiatione della pena detentiva, tralasciando ogni riferimento alle finalità di prevenzione che connotano l'istituto.

Rispetto al contenuto della pronuncia della Cassazione sulla scindibilità del cumulo ai fini dell'applicabilità dei benefici penitenziari, va infatti rilevato che la materia dell'art. 41-*bis* O.P. è volta a regolare tutt'altra situazione, che ha riguardo non ai principi retributivi che informano il diritto penale sostanziale, ma alla funzione preventiva propria del *genus* delle misure di prevenzione: queste ultime infatti prendono spunto "anche" dal commesso reato, ma la loro concreta funzione è volta ad impedire la commissione di reati per il futuro. In più, rispetto alle misure di prevenzione, le finalità dell'istituto appaiono commisurate, oltre che all'attività del singolo, alla situazione dinamica relativa alla operatività dei gruppi mafiosi presenti sul territorio. In altri termini, le minori opportunità di contatto con l'esterno determinate dalla carcerazione in regime di art. 41-*bis* si fondano sulla necessità di evitare che condizioni di detenzione ordinarie consentano il passaggio di flussi di comunicazione, - dirette alle consorterie organizzate operanti sul territorio - idonei ad arrecare un pregiudizio per l'ordine e la sicurezza pubblica esterni, derivante dalla commissione di nuovi reati. Questo è il presupposto funzionale della nuova legge, esplicitato nel nuovo comma 2 dell'art. 41-*bis*. Risulta evidente pertanto che, rispetto a tale finalità, appaia del tutto irrilevante la circostanza che un detenuto abbia espiato la porzione di pena riferibile al reato di cui all'art. 4-*bis*. Del resto al regime 41-*bis* non si viene sottoposti per il sol fatto di avere commesso un determinato tipo di reato - se è vero che va esclusa la funzione sanzionatoria dell'istituto - né lo scopo del regime è quello di un inasprimento della vita detentiva - se si ritiene che debba escludersi anche ogni finalità di aggravamento o di ulteriore retribuzione - mentre l'unica funzione dell'istituto rimane la prevenzione dei delitti. Su questa medesima linea di ragionamento, una valutazione non retribuzionista del regime speciale, ne ha ritenuto possibile l'applicazione anche ai detenuti in custodia cautelare, ristretti anche per uno solo dei reati presupposti⁽³³⁾.

⁽³³⁾ Cfr. Sez. I, 27 novembre 1996, Piarulli, in *questa rivista*, 1998, p. 258, n.185. In senso conforme, v. anche Sez. I, 3 giugno 1994, Carollo, *ivi*, 1995, p. 2281, n. 1434, e Sez. I, 5 giugno 1995, Ascione, *ivi*, 1996, p. 2375, n. 1380.

- d) *Il problema della modifica parziale dei decreti ed il conseguente rischio di eterogeneità nella complessiva gestione del regime.*

L'esperienza penitenziaria aveva evidenziato, già prima del varo della nuova legge, l'importanza di una omogenea applicazione del regime e gli inconvenienti cui si andava incontro nei casi in cui i Tribunali di Sorveglianza, con propri interventi, avessero modificato il contenuto di singole disposizioni dei decreti di applicazione.

Tale elementare esigenza, volta a garantire il buon governo nella gestione penitenziaria, poggia invero su valide argomentazioni di natura logica e giuridica, connesse alla funzione preventiva dell'istituto⁽³⁴⁾. In linea di principio, infatti, una volta accertata la pericolosità di un soggetto ed i suoi collegamenti con le realtà esterne della criminalità organizzata, esigenze di uniformità e di corretta gestione penitenziaria, rientranti nelle prerogative rimesse all'amministrazione, suggerirebbero l'adozione di misure uguali per tutta la cerchia dei detenuti appartenenti al medesimo "circuito" speciale. La funzione preventiva del regime speciale consiste nell'approntamento di misure volte, in via diretta, ad impedire i collegamenti con l'esterno, e, solo in modo indiretto e conseguente, a scongiurare la commissione di reati, la cui gravità non potrebbe mai essere conosciuta se non con l'accadimento delittuoso che si intende evitare. Le prescrizioni del regime speciale, come già osservato, una volta definite in concreto dalla nuova legge, non si prestano ad una applicazione soggettivamente differenziata – né in relazione all'entità del fatto che ha cagionato la detenzione, né con riguardo alla personalità del detenuto. Se si procedesse infatti ad una definizione personalizzata delle singole misure, commisurandole al fatto per cui vi è detenzione, tale scelta, ancora una volta, avrebbe l'effetto di attribuire al regime una

(34) Prima dell'entrata in vigore della nuova legge anche la Cassazione negava la possibilità da parte dei tribunali di sorveglianza di procedere ad annullamenti parziali dei decreti di sottoposizione al regime speciale, affinché si impedisse l'effetto di stravolgere lo schema utilizzato dall'amministrazione penitenziaria per il perseguimento delle speciali esigenze di ordine e sicurezza imposte dalla legge. Cfr. Sez. I, 31 agosto 1995, Toma,. Nella circostanza la Corte aveva annullato l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza che, dopo avere riconosciuto le particolari ragioni di sicurezza pubblica che ne giustificavano l'adozione, aveva parzialmente revocato il decreto ministeriale nella parte in cui dettava alcune prescrizioni limitative, in tema di colloqui e di ricezione di pacchi, perché ritenute conseguenza di un intento punitivo verso il detenuto. Di diverso avviso Sez.I, 22 dicembre 1995, Furnari.

funzione di immediata retribuzione, ponendosi al di fuori del suo fine istituzionale. Se dette misure fossero personalizzate con riguardo alle caratteristiche individuali del detenuto, alla sua pericolosità sociale, anche in questo caso si finirebbe con l'utilizzare un parametro non corrispondente alla finalità dell'istituto, che è quello di limitare le comunicazioni con l'esterno. Tali comunicazioni che si intende inibire costituiscono solo il presupposto per l'eventuale commissione di reati, ed unicamente al controllo di esse vanno riferite le prescrizioni contenute nel regime speciale. La entità dei reati che possono essere commessi costituisce invece una variabile ulteriore che risulta certamente collegata anche alla personalità dell'imputato, ma deve tenere pure conto delle dimensioni, dell'organizzazione, dei mezzi a disposizione del gruppo criminale operante all'esterno. In definitiva il contenuto preventivo dei decreti non può che connotarsi come un modello di inibizione delle comunicazioni con l'esterno che, per raggiungere il suo scopo, deve contenere quelle prescrizioni ritenute indispensabili alla luce dell'esperienza penitenziaria, costituenti uno schema la cui validità è legata alla contestualità dei rimedi preventivi ed alla loro omogenea applicazione. Tale schema risponde a canoni desunti dall'esperienza che, in base alla funzione delle norme preventive – costituita, giova ricordarlo, dall'inibizione delle comunicazioni –, prescinde da parametri di tipo individuale, legati alla personalità dell'imputato, ed ancor più dalla "causa" in sé della detenzione, la quale rileva, unicamente, come presupposto di applicazione del regime speciale.

Più in generale occorre poi avere riguardo alle esigenze di prevenzione connesse alla "costituzione in circuito" della concreta attuazione del regime di cui all'art. 41-*bis* O.P. In questo contesto le esigenze di interruzione delle comunicazioni di un detenuto, valgono per tutti gli altri ristretti appartenenti al medesimo circuito, ossia per quanti possono comunque venirvi a contatto durante la socialità o nel corso della vita di sezione. Per questa ragione una applicazione differenziata del regime tra soggetti appartenenti ad una medesima sezione penitenziaria – sia pure effettuata sulla base della loro diversa personalità – può creare un varchi nelle comunicazioni di tutti gli altri detenuti realizzabili mediante l'intermediazione di quei soggetti il cui regime consenta loro maggiori opportunità di comunicare con l'esterno.

Tali considerazioni, che trovavano conforto nella posizione assunta dalla Cassazione sotto il previgente regime, devono tuttavia misurarsi, come abbiamo detto, con la disposizione della nuova legge che consente un "accoglimento parziale" del reclamo.

Con tale norma potrebbe ritenersi legittimo intervenire sui singoli provvedimenti, determinando una varietà di modelli in contrasto con l'esigenza di uniformità di cui si diceva. Ma non sembra questo lo spirito ed il senso di questa disposizione. L'accoglimento parziale del ricorso avverso il provvedimento può e deve intendersi unicamente come potere del giudice ordinario di vigilare sulla legalità dell'atto amministrativo, eliminando quelle disposizioni che vadano in contrasto con i "limiti interni" del provvedimento che oggi sono fissati in modo certo dalla legge. E così potrebbe essere dichiarata la nullità parziale di un decreto nella parte in cui preveda la facoltà del detenuto di effettuare un solo colloquio ogni due mesi, ovvero precluda in modo assoluto e generico la possibilità di effettuare telefonate. Non può invece considerarsi legittimo il ricorso ad un potere discrezionale di scelta delle misure tra quelle consentite, perché ciò configurerebbe un potere di sostituzione nelle competenze e nelle funzioni dell'amministrazione.

La giurisprudenza dei tribunali di sorveglianza è intervenuta spesso a modifica parziale dei decreti con riferimento alle disposizioni relative al numero dei colloqui ed a quelle sugli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno. Tali disposizioni in effetti, nello schema generale previsto dal nuovo comma 2-*quater*, – a parte la lett. a) di cui tratteremo più avanti – sono le uniche in cui appare rimessa all'amministrazione una determinazione di tipo discrezionale sulla entità della misura preventiva. Le ragioni di uniformità prima esposte hanno suggerito all'amministrazione la adozione di una misura, per tutti i detenuti sottoposti al regime, che fosse unica nella definizione del modello preventivo ricavato dall'esperienza penitenziaria. E così, per scelta ministeriale, è stato fissato per tutti un unico colloquio mensile. Le pronunce giudiziarie sul punto, in alcuni rari casi, hanno dichiarato la nullità della disposizione amministrativa in materia di colloqui, sostenendo che avrebbe dovuto porsi una specifica motivazione a sostegno della scelta di concedere un colloquio anziché due⁽³⁵⁾. Ma in effetti il ragionamento, posto a fondamento di tali decisioni, potrebbe essere invertito. Dal momento che il colloquio costi-

(35) Cfr. Trib. Sorv. Torino, 25 giugno 2003, Caiazza, ord. n. 3846/03. Nel provvedimento si osserva come le particolari modalità di esecuzione del colloquio (con utilizzo di vetro divisorio e senza possibilità di contatto fisico tra i visitatori ed il detenuto) dovrebbero porre al riparo dal pericolo che esso risulti strumento di illeciti contatti con l'ambiente esterno; si ritiene inoltre che "il decreto dovrebbe quanto meno specificare il perché ha ridotto ad uno, anziché ad esempio a due, il colloquio visivo. In termini analoghi Trib. Sorv. Torino, 26 febbraio 2003, Dell'anna, ord. n.1212 /03".

tuisce la principale forma di contatto con l'esterno, e che la sua limitazione ad uno corrisponde allo schema generale di controllo dei contatti con l'esterno rappresentando un opportuno limite alle comunicazioni, (rispettoso dei "limiti esterni" di costituzionalità come più volte ribadito dalla Consulta, e conforme ai "limiti interni" perché maggiormente funzionale rispetto allo scopo normativamente prefissato) occorrerebbe semmai motivare il provvedimento per l'eventuale concessione di un secondo colloquio. Tale previsione, infatti, non può che discendere da situazioni soggettive, che differenziano la situazione di un detenuto da quella della generalità di coloro che sono sottoposti alla disciplina del regime speciale. Se funzione del regime è limitare le comunicazioni, sarà la regola limitare per tutti i colloqui al numero minimo che consenta di conseguire al meglio lo scopo – sempre nel rispetto delle libertà costituzionalmente riconosciute – e costituirà l'eccezione eventualmente prevedere, per motivate ragioni, il raddoppio di questa opportunità.

Un problema si è posto anche con riferimento alle limitazioni relative alla ricezione di oggetti dall'esterno, poiché in alcune pronunce si è ritenuto che tale limitazione fosse incongrua rispetto al fine di limitare le comunicazioni. Si è argomentato sul punto affermando che, dal momento che esiste un sistema di controlli relativo alla ricezione di pacchi dall'esterno – istituiti in genere con "ordine di servizio" che prevede dei protocolli da seguire per ispezionarne il contenuto – non si vede la ragione per la quale debba esserne limitato l'inoltro in favore dei detenuti. Ebbene, anche tale assunto non appare convincente. Va in primo luogo osservato che il controllo sugli oggetti in entrata costituisce un deterrente all'occultamento, negli involucri in entrata, di corrispondenze o di materiali vietati, ma non conferisce certo la garanzia assoluta della loro non introduzione, come ben dimostra l'esperienza penitenziaria, venuta spesso alla ribalta delle cronache. Inoltre – 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, ed al numero delle spedizioni in entrata.

Ma a prescindere da queste considerazioni, che costituiscono la ragione della introduzione espressa di una tale limitazione nella nuova legge, va appunto osservato che il giudizio di congruità sulla misura in sé non può essere oggetto di valutazione in termini di illegittimità, sia pur parziale, dell'atto amministrativo, giacché il provvedimento ripropone una misura prevista

dalla legge, e da essa trae il suo vigore. La valutazione in termini di congruità generale tra il fine di limitare le comunicazioni esterne e la limitazione all'ingresso di oggetti è stata già effettuata e risolta positivamente dal Legislatore.

Un tale ragionamento va esteso più in generale a tutte le previsioni del nuovo comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o.p., le quali rappresentano uno schema legislativo completo mirante a delimitare le comunicazioni del detenuto con l'esterno, e pertanto non possono essere oggetto di parziali disapplicazioni da parte dei tribunali, se non con il rischio di compromettere il modello preventivo che la legge ha predeterminato, ovvero di "revisionare" in sede giudiziaria la volontà di legge.

Una questione interpretativa, per la verità, potrebbe porsi nella esatta valutazione della espressione di esordio del richiamato comma *"La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti...può comportare..."* che precede l'elenco delle restrizioni che danno contenuto al regime. Occorre infatti ben comprendere se l'espressione "può comportare" vada intesa nel senso di conferire all'amministrazione "il potere" di dare attuazione all'elenco delle limitazioni, rigidamente inteso, ovvero nel senso che "è possibile" determinare taluna tra le limitazioni previste nell'elenco che segue. Ci sentiamo di propendere per la prima delle soluzioni prospettate. E ciò alla luce dei vari criteri interpretativi cui è possibile fare ricorso. Innanzitutto alla luce del criterio storico. Le limitazioni "ricopiate" nella nuova legge hanno costituito per anni un modello definito in ambito amministrativo in modo rigido ed uniforme che il Legislatore ha voluto assumere per intero, senza modificarne la portata ma, semmai, precisandone i contenuti con disposizioni di dettaglio: non si vede pertanto per quale ragione, nel passaggio dalla disciplina amministrativa a quella legislativa, debbano essere rese facoltative talune delle disposizioni di un modello che è sempre stato applicato in modo integrale. Vi è poi il criterio funzionale, in base al quale deve ritenersi che l'obiettivo e completo controllo delle comunicazioni con l'esterno può realizzarsi solamente con il concorso di tutti i punti previsti nel comma 2-*quater*: se si omettesse taluno dei punti in esso previsti, la conseguenza sarebbe quella di ammettere di fatto il flusso delle comunicazioni, tanto da rendere inutili le altre misure, che si rivelerebbero come delle mere vessazioni nei confronti del detenuto. E vi è infine un criterio sistematico, desumibile dal contenuto di talune lettere del comma dalla cui lettura si desume che la loro applicazione non può ritenersi facoltativa. Ci si riferisce, in particolare, alla lettera b) nella quale viene defini-

to l'istituto dei colloqui mensili con previsione del numero minimo di uno e del numero massimo di due. Ora è evidente che la determinazione di un numero massimo, si comprende solo con la previsione di un contenuto obbligatorio e non facoltativo della disposizione contenuta nella lettera. Giacchè, se così non fosse stato, sarebbe stato naturale fissare solamente il numero minimo dei colloqui, sancendo il potere di ridurre la quantità fino ad uno al mese, ma al tempo stesso lasciando aperta la possibilità di non operare alcuna riduzione degli stessi. Analogamente un contenuto obbligatorio si rileva nella disposizione di cui al punto f), ove, nel determinarsi il tetto massimo di ore che possono trascorrersi all'aperto, si prescrive che tale permanenza non può avvenire in gruppi formati da più di cinque persone. Se dunque il Legislatore ha inteso inserire all'interno di queste disposizioni contenuti obbligatori e non derogabili, ciò sta a significare che esse, come tutte le altre previste dall'art. 41-*bis* comma 2-*quater*, devono operare congiuntamente, rimanendo all'amministrazione unicamente il potere di stabilire, laddove sia consentito dalle disposizioni normative, l'entità delle misure da adottare.

Per ciò che riguarda la disposizione del comma 2-*sexies*, che prevede, in sede di reclamo, una possibile valutazione sulla congruità del provvedimento, essa non potrà mai riguardare la idoneità delle previsioni contenute nella legge a conseguire lo scopo cui sono preposte, giacchè in quei casi una valutazione di congruità è stata effettuata una volta per tutte dal Legislatore con riferimento ad un modello generale di inibizione delle comunicazioni. Inoltre non è immaginabile alcuna valutazione di congruità in senso soggettivo, con riguardo alla personalità del detenuto, posto che le disposizioni adottate hanno natura preventiva, ed attengono meramente alla funzione di inibire le comunicazioni con l'esterno, - e dunque prescindono dal livello di pericolosità del detenuto, che incide solo nella scelta di adottare o meno nei suoi confronti il regime speciale. Il giudizio di congruità rimesso ai tribunali dovrebbe pertanto limitarsi a verificare soltanto su disposizioni, quali quella prevista nella lettera a) del comma 2-*quater*, - che conferiscono all'amministrazione un potere-dovere di adottare misure di sicurezza, lasciando "in bianco" i contenuti⁽³⁶⁾ - non potendosi immaginare che

⁽³⁶⁾ Con riferimento alle disposizioni sulla sicurezza adottate dall'Amministrazione, prima dell'entrata in vigore della nuova legge, con fonti normative secondarie, v. *Circolare n. 3470 del 20 febbraio 1998 del direttore generale del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria*; sul punto cfr. inoltre LA GRECA, *Nuove disposizioni sul regime in Dir. Pen. e proc.*, 1998, p. 284.

sia rimesso al giudice ordinario il potere di costruire per ogni detenuto un modello *ad hoc* di regime speciale intervenendo con modifiche parziali sul provvedimento di sottoposizione⁽³⁷⁾.

7. Il confronto tra vecchie e nuove problematiche: quante e quali sono state risolte con la riforma

Il vecchio testo dell'art. 41-*bis* dell'ord. pen. si limitava a prevedere la facoltà del Ministro della Giustizia di sospendere le ordinarie regole di trattamento e gli istituti dell'ordinamento penitenziario nei confronti di detenuti che rispondevano di particolari tipologie di reati – elencati nell'art. 4-*bis* della stessa legge –, quando ricorressero gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica. Per la sua formulazione stringata, in contrasto con la evidente e rilevante finalità di assicurare la recisione dei legami esistenti tra pericolose organizzazioni criminali e i soggetti detenuti collocati al vertice mafioso, esso aveva suscitato nella prassi applicativa problematiche di varia natura, non tutte in egual misura percepite dagli addetti ai lavori e dalla pubblica opinione. Si erano dunque evidenziati – già prima della riforma – molteplici aspetti di interesse giuridico – ma solo alcuni di essi, i più rilevanti, erano stati definiti con interventi della Corte Costituzionale, mentre per altri l'intervento legislativo risultava indispensabile.

In primo luogo la norma relativa ai presupposti di applicazione del regime speciale appariva eccessivamente sintetica, ed altrettanto generica risultava la potestà derogatoria delle ordinarie regole ed istituti del trattamento dei detenuti: così da mettere a rischio i principi costituzionali di legalità, difesa ed inviolabilità della libertà personale, oltre che rendere difficile la compatibilità con la funzione di rieducazione della pena. La novella pertanto avrebbe dovuto dare corpo ai presupposti di applicazione ed ai contenuti dell'istituto, dopo le puntualizzazioni della Consulta in ordine al rispetto di limiti costituzionali invalicabili, cui era doveroso attenersi nelle prescrizioni imposte con i provvedimenti di sottoposizione allo speciale regime.

⁽³⁷⁾ Così ragionando, in particolare, deve comunque intendersi obbligatoria per l'amministrazione anche l'attuazione della disposizione di cui alla lettera a), relativa alle misure di sicurezza interna ed esterna, riferibile alle soluzioni di carattere logistico ed organizzativo che caratterizzano le sezioni destinate al contenimento dei detenuti sottoposti alla disciplina del regime detentivo speciale.

Vi era poi un difetto di chiarezza con riguardo alla determinazione della tipologia dei reati per i quali era possibile applicare il regime speciale era effettuata per *relationem*, sulla base del richiamo normativo all'art. 4-*bis* della medesima legge n. 354/1975, che disciplina i limiti alla concessione dei benefici penitenziari. Ciò avveniva mediante un generico riferimento ai reati previsti in quell'articolo, benchè esso, ai propri fini di disciplina, presentasse due gruppi distinti di fattispecie, dai quali derivavano preclusioni diverse per l'accesso ai suddetti benefici. In teoria dunque il regime 41-*bis*, comma 2° o.p., sarebbe stato applicabile anche all'autore di un omicidio passionale, in concomitanza con situazioni che potessero determinare forme di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica. La effettiva destinazione dello strumento alle finalità di contrasto alla criminalità organizzata era pertanto desumibile dalla prassi, ma non sufficientemente esplicitata nella legge. Era opportuno pertanto che la legge descrivesse esattamente l'ambito di operatività ed il vero scopo dell'istituto, esplicitandone la funzione di prevenzione rispetto alle realtà del crimine organizzato. L'istituto, finalizzato al perseguimento di esigenze di ordine e sicurezza quanto mai rilevanti, presentava aspetti di incongruenza sotto il profilo della competenza ad agire, rimessa in esclusiva ad organi dell'esecutivo – ministro della giustizia, anche dietro richiesta del ministro degli interni – senza alcuno specifico e obbligatorio raccordo con gli organi giudiziari depositari del ruolo primario di coordinamento e direzione delle investigazioni: i procuratori distrettuali ed il procuratore nazionale antimafia. Il ministro della giustizia veniva peraltro investito di un ruolo che appariva inconsueto sia per i contenuti del potere conferito, sia per la mancata previsione di operare in necessaria simbiosi con gli organi investigativi. Sotto l'aspetto sistematico questa situazione determinava uno iato tra l'organo competente alla applicazione del regime e quelli depositari delle investigazioni postevi a fondamento e responsabili della sicurezza pubblica esterna.

Ed infine era molto avvertito il problema di una prassi applicativa che veniva a determinare un meccanismo perverso di ingresso e permanenza nel circuito di detenzione speciale. Una volta provata all'inizio della detenzione la attualità del collegamento con l'organizzazione criminale, ed applicato per la prima volta il regime, risultava difficile determinarne la cessazione. Alla scadenza del primo decreto applicativo, l'assenza di ulteriori prove di collegamenti attuali veniva ad interpretarsi come conseguenza dell'efficace funzionamento del regime, – e non a

valutarsi come presupposto per l'eventuale sua cessazione, – aprendo le porte a successive proroghe, rispetto alle quali, soltanto la collaborazione con la giustizia poteva determinare ragione giuridicamente dirimente dell'assoggettamento alla disciplina speciale.

Agli aspetti normativi altri se ne aggiungevano sul piano della gestione penitenziaria. La crescita eccessiva del numero dei soggetti sottoposti al regime speciale aveva determinato un duplice effetto: di provocare una estensione eccessivamente orizzontale dell'istituto, allargando la platea dei soggetti ritenuti idonei ad intrattenere rapporti di vertice con le organizzazioni criminali operanti all'esterno; e di svilire conseguentemente l'idoneità dell'istituto a conseguire lo scopo di garantire perfetta separazione tra i boss detenuti e gli affiliati operanti all'esterno, visto il numero rilevante dei carcerati sottoposti alla disciplina, e rispetto ai quali era necessario impedire il flusso delle comunicazioni verso l'ambiente criminale, nel rispetto dei parametri elaborati dalla Consulta.

Ebbene a fronte di queste importanti problematiche agitate già sotto il vecchio regime, non può affermarsi che la riforma abbia colto nel segno di una soluzione rapida e decisa delle stesse. Gli unici effetti senz'altro raggiunti sono: a) Il recepimento normativo del contenuto delle pronunce della Consulta, circa i limiti interni ed esterni alla applicazione del regime; ma esso è avvenuto ricopiando per gran parte i moduli e le prassi già adottate dall'amministrazione penitenziaria; b) La definizione di concreti contenuti del regime, che per troppo tempo era stata rimessa interamente, ed "in bianco", all'autorità amministrativa; ma, anche qui, ciò è avvenuto in certi casi dettagliando eccessivamente il contenuto di alcune misure, fino a disciplinare attività che andavano rimesse ad atti amministrativi di secondo grado, in certi altri lasciando spazi e clausole aperte – quale quella contenuta nella lett. A del comma 2-*quater* – con il rischio di rendere vano il senso della tipizzazione delle misure. Per il resto non può dirsi che la sistematizzazione della materia abbia giovato alla definizione di ruoli precisi e coerenti per i soggetti che l'ordinamento ha posto in condizione di presidiare le esigenze di prevenzione dello Stato. Né in questo caso il bisogno di de-formalizzare gli strumenti e gli interventi per il conseguimento di uno scopo dinamico – il contrasto alle organizzazioni criminali, sul piano dell'inibizione delle comunicazioni da e per il carcere – ha coinciso con la necessità di rendere comuni le iniziative, le conoscenze e gli apporti degli organismi giudiziari ed amministrativi.

8. *La mancanza di coordinamento nella fase amministrativa e le incoerenze nella individuazione degli organi investiti della funzione di controllo giudiziario*

Un pesante fardello nella applicazione di questo istituto è dato dalla distorsione mediatica che sullo stesso si è venuta a determinare, essendosi troppo spesso confuso l'aspetto preventivo del regime speciale – legato alle reali finalità di interdizione delle comunicazioni tra vertice e base delle compagini mafiose –, con la finalità meramente retributiva, estranea alla legge ed alla costituzione che vede l'istituto indicato come il *carcere duro per i boss*. Ma talune responsabilità ed alcune pecche riscontrabili nella sua applicazione vanno ricavate nella sostanziale incoerenza con cui sono stati individuati gli organi che partecipano alla formazione del provvedimento ministeriale ed al suo controllo giurisdizionale.

La scelta di conferire il potere di applicazione al Ministro della Giustizia risulta necessitata dalla obiettiva impossibilità di tenere separata la gestione logistico-funzionale del regime dalla possibilità di regolare l'afflusso dei soggetti sottoposti alla reale ricettività delle strutture. Vi è infatti la necessità di individuare un organo centrale in grado 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 giustifichino l'ammissione. Solo il Ministero della giustizia può invero assolvere a questa funzione. Non va però trascurato come questa competenza costituisca un consistente fuori tema nelle competenze e nelle funzioni di quell'organo. Infatti l'amministrazione penitenziaria, che nel ministro della giustizia ha il suo vertice, tende a dispiegare la sua azione, in aderenza al dettato costituzionale sulla pena, in forma prevalentemente rieducativa e di recupero. Ciò in ottemperanza ad un evidente principio che vuole conclusa, dopo la sentenza definitiva di condanna, la fase della repressione dei fenomeni criminosi, ed attribuisce alla esecuzione della pena uno scopo "ricostruttivo" dell'esperienza personale ed umana del detenuto. Le uniche competenze sulla sicurezza dell'amm.ne penitenziaria sono quelle interne agli istituti, ed ogni provvedimento di natura disciplinare da essa adottato tiene conto del percorso trattamentale seguito dal detenuto. La scelta della applicazione di un regime speciale, adottata in funzione di indici esterni e di

questioni che attengono alla sicurezza del territorio, non risulta particolarmente conforme ai suoi tradizionali fini istituzionali, e potrebbe porsi in contrasto con l'opera di rieducazione, risultando agli occhi dei detenuti come una attività compressiva dei propri spazi personali, – correlata con la funzione investigativo-repressiva propria delle forze di polizia operanti sul territorio, – e fortemente disconnessa dal trattamento, perchè non dipendente dalla condotta tenuta all'interno degli istituti penitenziari.

Per sua natura poi il provvedimento applicativo del regime speciale – essendo fondato su valutazioni inerenti la pericolosità di organizzazioni criminali operanti sul territorio – presupporrebbe la costante osservazione del termometro di tale pericolosità, 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. A tal fine risultano rilevanti le acquisizioni ottenute mediante la gestione diretta dei collaboratori di giustizia, e delle fonti in grado di riferire gli ultimi organigrammi e i progetti delle cosche; le risultanze delle attività tecniche di intercettazione, intese a monitorare i movimenti delle organizzazioni criminali, e quant'altre conoscenze in possesso dell'apparato investigativo dello Stato approntato dalle forze di polizia e facente capo alle Direzioni distrettuali ed alla Direzione Nazionale Antimafia. Rispetto alle competenze di tali organi pertanto urge un maggiore e diverso coinvolgimento, anche con riferimento all'aspetto dell'iniziativa.

L'attuale disciplina dell'istituto infatti non lega la competenza del Ministro all'iniziativa diretta delle Procure distrettuali, anche se prevede che esse vengano sentite prima dell'emissione del provvedimento. D'altra parte la nuova legge riduce anche, improvvisamente, il ruolo della Direzione Nazionale Antimafia, all'attività di mera comunicazione di informazioni, senza imporre le necessarie sinergie tra gli organismi destinati a fare fronte in modo organico al contrasto avverso le compagini criminali organizzate. Tali sinergie sono state in parte recuperate per volontà dei singoli organismi, che hanno fatto fronte con iniziative di coordinamento alle mancate previsioni della legge. Ciò allo scopo di impedire che il sistema DNA-DDA, cui in ultima analisi fa capo l'iniziativa di contrasto, sia messo in condizione di partecipare alla determinazione dei criteri generali che ispirano l'applicazione dell'istituto e non rimanga all'oscuro rispetto alla sorte dei singoli provvedimenti.

Rimane aperta ed irrisolta invece la questione relativa alla individuazione dei soggetti chiamati ad intervenire nel giudizio

sulla legittimità del provvedimento ministeriale. Premesso che rispetto a tale giudizio rimane esclusa la partecipazione di un rappresentante del ministero della giustizia, che ha formato il provvedimento e sarebbe in grado di illustrarne e difenderne i contenuti, va rilevato come tutti gli attori giudiziari della vicenda risultino sostanzialmente estranei rispetto alla ordinaria conoscenza delle esigenze e delle questioni che sono poste a fondamento di quel provvedimento.

La competenza a giudicare sul provvedimento, come è noto, è rimessa al Tribunale di Sorveglianza, che è un giudice chiamato a valutare con competenza speciale il trattamento e la esecuzione della pena. Le valutazioni di questo giudice, anche in tema di pericolosità sociale, hanno sempre ad oggetto il contesto individuale del soggetto e la sua rieducazione; mentre alla sua conoscenza, per natura, per formazione e per compiti, risultano estranee le dinamiche processuali della criminalità organizzata, le valutazioni in termini di pericolo per l'ordine e la sicurezza esterni, ed ogni valutazione che attenga a dimensioni e profili che vadano al di là della dimensione penitenziaria.

La determinazione territoriale della competenza del giudice è poi ancorata al luogo di detenzione, e si individua nel tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione sul distretto di corte di appello ove ricade l'istituto di assegnazione del detenuto. Ciò significa che per i detenuti al vertice delle associazioni mafiose – assegnati in località distanti da quelle ove opera il gruppo criminale di appartenenza – detto giudice andrà individuato in sedi giudiziarie poste su territori ove non insiste il fenomeno mafioso e non sono presenti le esigenze di prevenzione che giustificano l'adozione dello strumento. Non v'è chi non veda pertanto – recependo il principio della appartenenza del regime speciale al *genus* delle misure di prevenzione – come la competenza a conoscere sul provvedimento venga sostanzialmente dirottata presso un giudice che ha sede diversa rispetto al luogo ove si manifestano le esigenze di prevenzione che si intende affrontare con l'istituto, e ciò in palese contrasto con i principi generali sulla competenza giudiziaria rispetto alla impugnazione di tali misure.

9. *Il moderno diritto penale della prevenzione*

Le considerazioni sulla natura giuridica dell'istituto e sul criterio di rigorosa corrispondenza sussistente tra i suoi contenuti e la funzione di prevenzione aprono la strada ad un più ampio

ragionamento circa la profonda trasformazione che attraversa il moderno diritto penale. Esso evolve da una dimensione storica, retrospettiva, individuale e simbolica ad una funzione dinamica, proiettata alle esigenze della interdizione e della sicurezza, e dunque necessariamente al futuro. Tale mutamento è dato dall'evolversi del fenomeno criminale in contesto organizzato, che ha stravolto la funzione tradizionale e storica del diritto penale, anche rispetto alle esigenze della società. Prima che tale fenomeno prendesse il sopravvento era importante garantire in modo formale e predefinito le condotte contrarie ai principi della legalità penale, attraverso precetti determinati ed giudizi di sussumibilità di condotte umane nel loro ambito. Il processo penale aveva esclusivamente una funzione di ricostruzione storica degli eventi, e tendeva, con la sanzione, a ristabilire un equilibrio tra il reo e la società, assolvendo al contempo ad una serie di funzioni connesse direttamente alla sanzione penale. L'effetto di deterrenza che la stessa incuteva nella società consentiva di attribuirvi una funzione innata di prevenzione generale, ed analoga funzione preventiva – di natura speciale – era naturalmente connessa alla futura vita e condotta del reo.

Il crimine organizzato – che ha le sue manifestazioni nel terrorismo internazionale a sfondo religioso, in quello interno ed internazionale a sfondo politico, nell'operatività di compagini internazionali dedite alla creazioni di holding del crimine organizzato – ha stravolto questa funzione, rendendo prioritaria la risposta dello stato nell'ottica della disarticolazione delle organizzazioni criminali e della prevenzione delle attività che esse potrebbero porre in essere con danno per la sicurezza della società. La stessa funzione di deterrenza della pena rispetto al delitto si è andata affievolendo dal momento che essa è chiamata ad operare nei confronti dell'individuo, mentre la scelta della commissione di delitti, nei contesti sopra richiamati è propria dell'organizzazione e non dei singoli. E d'altra parte si è affermata una propensione al delitto – in obbedienza alla micidiale forza di persuasione del gruppo organizzato – capace di elidere qualunque interesse personale a fronte dell'obiettivo che viene prefissato ai singoli, anche al costo di travolgere la propria stessa vita. Si pensi alla esperienza dei kamikaze, ed alla pressoché nulla capacità di deterrenza che ha la pena detentiva nei confronti di chi si determina per il delitto al costo della sua stessa vita...

È dunque la stessa società a richiedere al sistema penale forme diverse di tutela rispetto a quella apprestata in forma tra-

dizionale. La società è interessata alla scoperta dei colpevoli, ed alla celebrazione nei loro confronti dei processi per crimini da essi commessi, in misura molto inferiore di quanto non lo sia rispetto all'interesse che le organizzazioni criminali vengano poste nella condizione di non compromettere la sicurezza delle città. Ciò perché individua nelle organizzazioni la fonte del pericolo per la collettività e sempre meno considera i singoli autori liberi delle scelte criminali. Essa pertanto richiede insieme al processo per gli autori, e prima ancora di esso, la assicurazione che sarà posta al sicuro dall'azione preventiva dello Stato contro le organizzazioni criminali.

Le istituzioni hanno recepito lentamente questa nuova esigenza, ed ancor più lentamente hanno approntato gli strumenti per adeguarsi alla nuova realtà. Dagli anni Settanta agli anni Novanta si è definita legislazione dell'emergenza quella volta a contrastare il crimine organizzato, poi ci si è accorti che dall'emergenza era difficile uscire. Sono nate così le forze speciali di polizia, il coordinamento nelle indagini, le misure patrimoniali di prevenzione, le norme sui collaboratori di giustizia, il regime speciale dell'art. 41-*bis* o.p.

Sul piano del diritto penale sostanziale hanno trovato spazio le categorie del delitto associativo, le cui fattispecie non sono suscettive di essere predeterminate con criteri di tassatività. Ciò ha creato un aspro dibattito presso gli addetti ai lavori, che non potrà trovare mai soluzione se non si ha chiaro che tali norme segnano il passaggio dal diritto penale tradizionale – rivolto alla definizione delle condotte dei singoli – al diritto penale delle organizzazioni – che guarda ai fenomeni criminali ricostruendone l'operatività in modo strategico e con scopi di prevenzione. In tali contesti la condotta del singolo interagisce con quella di una organizzazione e non può essere predefinita, perché non è predefinibile il numero – infinito – di possibilità operative ed organizzative di una compagine criminale.

Il diritto penale della prevenzione ha dotato gli organi del contrasto di strumenti dinamici che servono a fronteggiare le iniziative dell'organizzazione: disarticolandone l'operatività; acquisendone i patrimoni, onde evitare che sia in condizione di alimentare le attività delittuose; attingendo alle sue comunicazioni, ed operando con attività informative per prevenirne le mosse; determinando il collegamento investigativo, per evitare duplicazioni di indagini e spreco di risorse, e per garantire allo Stato – o forse meglio alla comunità istituzionale – un livello di comprensione dei fenomeni e di risposta parimenti organizzato.

La risposta penale dello Stato, così consegnata, rivolta al futuro ed alla prevenzione, necessita dunque di una ridefinizione dei criteri tradizionali che caratterizzavano la materia. Anche le garanzie del singolo, come i criteri di definizione delle condotte, meritano una ridefinizione. Nella materia del diritto penale sostanziale – con riferimento alla partecipazione dei singoli all'associazione – l'argomento risulta complesso, ed il dibattito sarà fecondo di nuove acquisizioni se si comprenderanno i punti di partenza del nuovo sistema penale. Nella materia del regime speciale di detenzione le garanzie del singolo vanno ricostruite in modo dinamico, ma con un forte ancoramento alle effettive esigenze di prevenzione. La Corte Costituzionale per prima ne ha sancito la fluttuabilità nell'ambito di due rigorosi limiti interni ed esterni. Essa per la prima volta ha dunque ufficializzato un principio fondamentale del diritto penale della prevenzione, quello della indeterminatezza a priori degli strumenti e delle garanzie. Certo è che i principi fondamentali in materia di diritti dell'uomo sanciscono un limite che la Corte con fermezza ha ribadito: nessuna esigenza può giungere ad imporre sacrifici che violino i diritti fondamentali dell'individuo, la sua integrità fisica e morale, la sua dignità. Posto questo limite superiore, le limitazioni in ambito detentivo dovranno essere modulate sulla scorta delle effettive esigenze di prevenzione che sposteranno verso l'alto, o verso il basso, il contenuto delle ulteriori restrizioni previste dal regime speciale. Conseguentemente il livello delle garanzie dell'individuo, fatti salvi i diritti fondamentali, dovrà necessariamente legarsi alle esigenze di prevenzione che si intende perseguire.