

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Decisioni della Corte

CORTE COSTITUZIONALE

Ord. 23 dicembre 2004, n. 417 (ud. 13 dicembre 2004).

Pres. Onida - Rel. Neppi Modona - Ric. Trib. sorv. di Napoli.

Istituti di prevenzione e pena (ordinamento penitenziario) - Trattamento penitenziario - Situazioni di emergenza - Provvedimento ministeriale di sospensione delle regole di trattamento - Condizioni ex art. 41 bis, L. n. 354/75 - Questioni di legittimità costituzionale - Questione manifestamente infondata di legittimità costituzionale.

Sono manifestamente infondate, in riferimento agli artt. 3, 13, primo e secondo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, 97, primo comma, e 113, primo e secondo comma, della Costituzione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41 bis, comma 2 bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2 della legge 23 dicembre 2002, n. 279, nella parte in cui prevede che i provvedimenti ministeriali di sospensione delle regole di trattamento sono prorogabili «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno». (L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 41 bis).

RITENUTO IN FATTO E IN DIRITTO. – che con nove ordinanze identiche nella parte motiva il Tribunale di sorveglianza di Napoli ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 13, primo e secondo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, 97, primo comma, e 113, primo e secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 bis, comma 2 bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2 della legge 23 dicembre 2002, n. 279, nella parte in cui prevede che i provvedimenti ministeriali di sospensione delle regole di trattamento sono prorogabili «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno»;

che il tribunale di sorveglianza, in sede di reclamo avverso provvedimenti ministeriali di proroga, osserva che la legge n. 279 del 2002 ha modificato profondamente l'istituto della sospensione delle regole di trattamento, adeguandolo alle pronunce della Corte costituzionale intervenute a partire dal 1993;

che tuttavia la disciplina della proroga del regime differenziato finirebbe per vanificare la giurisprudenza costituzionale sopra menzionata che ancora l'applicazione del regime differenziato alla sussistenza di un effettivo ed attuale pericolo per l'ordine e la sicurezza derivante dal permanere dei collegamenti con la criminalità, richiedendo altresì che venga fornita autonoma e congrua motivazione al riguardo;

che, secondo il rimettente, il comma 2 bis dell'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario «reintroduce nel sistema la prova negativa sul venir meno di quella capacità del detenuto di mantenere contatti con associazioni criminali», consentendo di prolungare la durata del regime differenziato a prescindere dalla sussistenza di reali esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza, mediante provvedimenti di proroga privi di motivazione o con motivazioni inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte;

che, in particolare, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 13, primo e secondo comma, e 27, secondo e terzo comma, Cost. in quanto individua, esclusivamente in ragione di una presunzione di pericolosità sociale e senza che ricorrano i requisiti di necessità e urgenza, una categoria di detenuti sottoposti ad un regime di esecuzione della pena diverso e più afflittivo rispetto a quello previsto per la criminalità comune, con sacrificio anche del principio della finalità rieducativa della pena, che impone trattamenti individualizzanti e ispirati al senso di umanità;

che il regime differenziato, disancorato dalla valutazione di «atteggiamenti particolarmente significativi del detenuto, comunque riconducibili alla sua pericolosità sociale, alla sua capacità a delinquere, alla condotta intramuraria ovvero ai suoi rapporti con il mondo esterno», verrebbe ad essere giustificato solo in ragione della «tipizzazione del detenuto "speciale"» in quanto imputato o condannato per determinati delitti;

che sarebbero inoltre violati gli artt. 24, secondo comma, 97, primo comma, e 113, primo e secondo comma, Cost. perché la norma censurata – là dove «non prescrive idonea motivazione, in positivo, comprovante l'esistenza di una realtà certa, concreta ed essenziale ai fini dell'emissione del provvedimento» – introduce, in contrasto con il diritto di difesa, con il buon andamento della pubblica amministrazione e con il diritto alla tutela giurisdizionale, «un sistema dia-bolico, in base al quale l'applicazione del regime differenziato finisce con l'essere prorogabile anche a mezzo [di] un decreto ministeriale privo della parte documentale, relativa alla motivazione sulla sussi-

stenza di collegamenti con un'associazione criminale»;

che infine, quanto alla rilevanza, il rimettente osserva che nei provvedimenti impugnati «appare quanto meno pretestuoso leggere che le limitazioni imposte sono dettate dalla necessità di evitare l'utilizzazione degli istituti trattamentali per mantenere rapporti con l'esterno, laddove contemporaneamente si contesta la sussistenza e l'attualità dei collegamenti con l'esterno e con gruppi malavitosi nonostante il regime differenziato»;

che in tutti i giudizi è intervenuto il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili o infondate, sul presupposto che ripropongono nella sostanza aspetti già affrontati e superati dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento al provvedimento di prima applicazione del regime differenziato;

che, in particolare, del tutto infondata sarebbe la censura relativa alla violazione dell'art. 3 Cost., atteso che, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 376 del 1997, il regime differenziato «non si applica a categorie astrattamente determinate ma a singoli soggetti da individuarsi tra i detenuti condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata che siano ritenuti [...] in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni, alle organizzazioni criminali e alle loro attività»;

che in riferimento all'art. 13 Cost. l'Avvocatura osserva come il potere, attribuito al Ministro della giustizia, di adottare il provvedimento di proroga del regime differenziato è limitato, alla stregua della sentenza n. 349 del 1993, alla sola sospensione delle regole e degli istituti che si riferiscono al regime penitenziario in senso stretto, non potendo incidere sulla pena e quindi sul grado residuale di libertà del detenuto, e che comunque tale potere è suscettibile di sindacato da parte del tribunale di sorveglianza attraverso il reclamo del detenuto;

che per le medesime ragioni non può ritenersi violato neppure l'art. 27, terzo comma, Cost., in quanto le misure disposte non possono porsi in contrasto con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e con la finalità rieducativa della pena;

che del tutto priva di fondamento sarebbe anche la censura riferita all'art. 24 Cost., perché la norma impugnata, nell'escludere la proroga del regime differenziato nel caso in cui venga meno la capacità dell'interessato di mantenere contatti con le organizzazioni criminali, è coerente con la particolare natura delle ipotesi considerate, che presuppongono l'esistenza di stabili vincoli associativi, e non sembra pregiudicare le potenzialità difensive del destinatario, cui non è rimesso alcun onere di prova negativa;

che, infine, infondate sarebbero le censure riferite alla violazione degli artt. 97 e 113 Cost., posto che l'obbligo di motivazione sussiste anche in relazione ai provvedimenti di proroga del regime differenziato, in base al principio generale sancito dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e a quanto disposto in particolare dai commi 1 *quinquies* e 2 *sexies* dell'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, che impongono al tribunale di sorveglianza, in sede di reclamo avverso il provvedimento con cui è stata disposta o confermata

l'applicazione del regime differenziato, di valutare «la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento» e la «congruità del contenuto dello stesso in relazione alle esigenze di ordine e sicurezza pubblica».

Considerato che con nove ordinanze identiche nella parte motiva il Tribunale di sorveglianza di Napoli dubita, in riferimento agli artt. 3, 13, primo e secondo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, 97, primo comma, e 113, primo e secondo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis*, comma 2 *bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2 della legge 23 dicembre 2002, n. 279, nella parte in cui prevede che i provvedimenti ministeriali di sospensione delle regole di trattamento sono prorogabili «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno»;

che, attesa l'identità delle questioni, deve essere disposta la riunione dei relativi giudizi;

che il giudice rimettente – pur prendendo atto che la legge n. 279 del 2002 ha modificato profondamente l'istituto della sospensione delle regole di trattamento previsto dal comma 2 dell'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, adeguandolo alle sentenze pronunciate in materia dalla Corte costituzionale – ritiene che la nuova formulazione del comma 2 *bis* vanifichi tale giurisprudenza, che, anche in tema di proroghe, aveva ancorato il regime differenziato all'esistenza di un attuale ed effettivo pericolo per l'ordine e la sicurezza, derivante dal permanere dei collegamenti con la criminalità organizzata;

che, in particolare, la norma censurata avrebbe reintrodotto una presunzione di pericolosità collegata alla tipologia dei reati elencati nell'art. 4 *bis* (comma 1, primo periodo) dell'ordinamento penitenziario e consentirebbe, mediante la previsione di una impossibile prova negativa, di disporre la proroga del regime differenziato a prescindere da reali esigenze di ordine e di sicurezza, sulla base di provvedimenti privi di motivazione o motivati in maniera non idonea a giustificare l'attualità del pericolo;

che risulterebbero pertanto violati gli artt. 3, 13, primo e secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., per contrasto con il principio di eguaglianza e con quello della finalità rieducativa della pena, nonché gli artt. 24, secondo comma, 97, primo comma, e 113, primo e secondo comma, Cost., per lesione del diritto di difesa e del principio della effettività della tutela giurisdizionale;

che in relazione all'originaria disciplina della sospensione delle regole di trattamento, introdotta dal decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356, questa Corte, con numerose decisioni che si sono succedute a partire dal 1993 (sentenze nn. 349 e 410 del 1993, 351 del 1996, 376 del 1997), ha chiarito come fosse possibile e doveroso dare una interpretazione conforme a costituzione della disciplina in esame, volta a fronteggiare specifiche esigenze di ordine e sicurezza, discendenti dalla «necessità di prevenire ed impedire i collegamenti fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra

questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà», collegamenti che potrebbero realizzarsi proprio «attraverso i contatti con il mondo esterno» che lo stesso ordinamento penitenziario favorisce quali strumenti di reinserimento sociale;

che, così definite le finalità dell'istituto, la Corte ha precisato che i provvedimenti che applicano l'art. 41 *bis*, comma 2, dell'ordinamento penitenziario debbono essere concretamente motivati in relazione alle specifiche esigenze di ordine e di sicurezza che ne costituiscono il presupposto, in quanto il regime differenziato si fonda sull'effettivo pericolo della permanenza dei collegamenti interni ed esterni con le organizzazioni criminali e con le loro attività, e non sull'essere i detenuti autori di particolari categorie di reati;

che, proprio per questa ragione, i detenuti debbono essere sottoposti «a quelle sole restrizioni che siano concretamente idonee a prevenire tale pericolo, attraverso la soppressione o la riduzione delle opportunità che [...] discenderebbero dall'applicazione del normale regime penitenziario»;

che tali garanzie, relative sia ai presupposti che ai contenuti del regime differenziato, il cui rispetto è assicurato dall'obbligo di motivazione da parte dell'amministrazione e dal successivo controllo giurisdizionale, operano anche in relazione ai provvedimenti di proroga;

che ogni provvedimento di proroga deve pertanto contenere «una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire» e non possono ammettersi «motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte» (v. in particolare sentenza n. 376 del 1997);

che le modifiche apportate dalla legge n. 279 del 2002 alla disciplina della proroga del regime differenziato, prevista nel comma 2 *bis* dell'art. 41 *bis*, devono essere interpretate in conformità ai principi affermati nella giurisprudenza costituzionale per quanto riguarda sia i presupposti e i contenuti dell'istituto che il controllo giurisdizionale sul provvedimento di proroga;

che tali principi sono stati recepiti dalla giurisprudenza di legittimità formatasi in relazione al nuovo

comma 2 *bis* dell'art. 41 *bis*, la quale ha ribadito che ai fini della proroga è necessaria un'autonoma e congrua motivazione in ordine alla attuale esistenza del pericolo per l'ordine e la sicurezza derivante dalla persistenza dei vincoli con la criminalità organizzata e della capacità del detenuto di mantenere contatti con essa;

che la giurisprudenza di legittimità ha pure sottolineato che l'inciso di cui al comma 2 *bis* («purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno») non comporta una inversione dell'onere della prova, in quanto rimane intatto l'obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui «risulti» che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno;

che i dubbi di costituzionalità sollevati dal rimettere non hanno pertanto ragion d'essere, posto che è possibile attribuire ai presupposti del provvedimento di proroga di cui al comma 2 *bis* dell'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario una interpretazione conforme a Costituzione;

che, in particolare, il provvedimento di proroga deve contenere una adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire sugli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali;

che, a sua volta, in sede di controllo giurisdizionale, spetterà al giudice verificare in concreto – anche alla luce delle circostanze eventualmente allegare dal detenuto – se gli elementi posti dall'amministrazione a fondamento del provvedimento di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che, sole, legittimano l'adozione del regime speciale;

che le questioni devono pertanto essere dichiarate manifestamente infondate.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale. (*Omissis*).

COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE E APORIE SISTEMICHE DEL NUOVO ART. 41 BIS DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

SOMMARIO: 1. La stabilizzazione del regime differenziato. – 2. Brevi premesse storico-legislative dell'art. 41 *bis* ord. pen. – 3. Gli elementi di novità contenuti nell'ordinanza della Consulta. – 4. La permanente tensione tra garanzie e sicurezza.

1. *La stabilizzazione del regime differenziato.* – Con l'ordinanza n. 417 del 13 dicembre 2004 la Consulta è stata chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale del nuovo contenuto dell'articolo 41 *bis* ord. pen. come stabilito dall'ultimo intervento del legislatore con la legge 23 dicembre 2002 n. 279 (1).

L'attuale testo dell'art. 41 *bis* è frutto di una precisa opzione legislativa maturata all'indomani di una serie di pronunce della Corte costituzionale che, seppure salvaguardando le ragioni di «emergenza» poste a fonda-

mento della disciplina, avevano segnalato la necessità di rivedere in alcuni suoi aspetti la norma definita, molto sommariamente, attuativa del «carcere duro» (2). Definizione quanto mai opportuna attesa la sostanziale condizione di isolamento cui viene sottoposto il detenuto, privato delle condizioni minime che consentono una vita sociale all'interno e con l'esterno della struttura carceraria, attraverso i colloqui, la permanenza all'aperto, la corrispondenza, la consegna di beni ed oggetti.

Tuttavia, anche con l'intervento che ha rimodellato in modo particolare la previsione del comma secondo dell'art. 41 *bis* (oltre ad avere riformulato per intero l'ampio comma primo dell'art. 4 *bis* ord. pen. – cui la prima disposizione opera un rinvio di tipo sistematico –), il complessivo assetto normativo della disciplina di ri-

gore non cessa di mostrare il suo volto atipico nell'impianto sistematico della legge sull'ordinamento penitenziario (3).

È pur vero che nel corso della sua vigenza la norma non è mai stata sottoposta a correzioni sostanziali, né attraverso espliciti interventi legislativi, né attraverso pronunce di accoglimento o manipolative di rigetto della Corte costituzionale. Le diverse decisioni di quest'ultima ne hanno sempre confermato la compatibilità con i principi del nostro ordinamento, pur riconoscendone il tratto di eccezionalità che trae giustificazione dal fatto che appare adeguato all'eccezionalità del fine e delle esigenze che è chiamata a salvaguardare. In questo modo il carattere di emergenza è stato progressivamente piegato alle ordinarie scelte che nell'ambito penitenziario è necessario compiere, allorché si registra la presenza di detenuti che presentano una rilevante pericolosità sociale e che si esprime, in quel particolare contesto, anche come pericolosità penitenziaria (4).

Il proposito evidente del legislatore è quello di recidere i legami del detenuto con il mondo esterno facendo ricorso a variegate forme di intensità del suo isolamento, al fine di evitare che il contributo possa alimentare o agevolare l'attività del circuito criminale di appartenenza. È stato infatti constatato che il carcere in sé non impedisce la partecipazione, sia pure indiretta, alla vita di un'organizzazione criminale, partecipazione che si risolve nell'impartire scelte di tipo operativo o esercitare pressioni di carattere psicologico e morale sulle vittime, anche attraverso gregari, garantendo in questo modo la sopravvivenza e la stabilità della *societas sceleris*. A tutto ciò si aggiunge che la capacità di intervento indirizzata all'esterno si riflette nel contesto della struttura penitenziaria, a causa dei propositi di riproduzione del gruppo criminale che esprime la medesima potenzialità offensiva questa volta verso l'ordine e la sicurezza interna.

L'esame delle fonti normative del sistema penale italiano fornisce la riprova che le scelte operate sul terreno del diritto penale sostanziale e processuale in materia di criminalità organizzata e terroristica finiscono per riflettersi sulla fase della esecuzione della pena e, comunque, sull'organizzazione delle strutture dove le persone sono ristrette per la custodia cautelare o per la espiazione della condanna. Non a caso l'ordinanza della Consulta conferma che nel nostro sistema penitenziario ha trovato ormai definitivamente ingresso un doppio regime, così come in termini di disciplina generale sempre più si radica una legislazione caratterizzata da un doppio binario: da un lato la criminalità organizzata e terroristica; dall'altro la criminalità comune (5). La delineazione di una precisa categoria di soggetti, indagati o condannati per i reati tassativamente indicati dal legislatore e che formano il presupposto applicativo degli istituti di rigore, finisce sovente per risolversi in un puro e semplice giudizio di pericolosità presunta, con tutte le conseguenti difficoltà da parte dell'interessato di opporre convincenti elementi di fatto, dalla forza persuasiva tale da vincere la presunzione di attualità della sua propensione a quelle determinate categorie di delitto.

Molti dati confermano questa sorta di contaminazione normativa di differenziazione. Anche una legge come quella sul condono edilizio impedisce la possibilità di riconoscere la sanatoria ad immobili i cui proprietari risul-

tano condannati per delitti che rientrano nella tradizionale attività del crimine organizzato.

2. *Brevi premesse storico-legislative dell'art. 41 bis ord. pen.* – L'art. 41 bis ord. pen. risulta caratterizzato da una storia legislativa particolare che ne connota anche il tessuto genetico, ponendo in evidenza in questo modo la sua atipicità rispetto alla legislazione in materia penitenziaria. Tuttavia si può dire che le ragioni della sua scelta sono state confermate da due diverse iniziative normative di stabilizzazione del suo regime di eccezionalità.

L'innesto operato nell'ambito della legge 26 luglio 1975 n. 354 dell'ordinamento penitenziario è il portato tipico di un intervento emergenziale che ha finito per modificare sostanzialmente il quadro dei principi cui si era ispirato il legislatore dell'epoca (6). Va comunque ricordato che già la legge n. 354/75, all'art. 90 sotto la rubrica Esigenze di sicurezza, autorizzava il Ministro della giustizia a sospendere le regole di trattamento ordinario del detenuto qualora si fossero imposti «gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza» (7). La vaghezza della formula legislativa conferiva, è evidente, un «potere in bianco» all'organo amministrativo, il quale poteva adottare, senza preventiva istruttoria e senza alcun corredo motivazionale, provvedimenti ulteriormente restrittivi e privativi della libertà personale.

Questa disposizione mal si conciliava con il dettato costituzionale ed in particolare con il terzo comma dell'art. 13, laddove viene previsto che «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Peraltro, il contrasto con i principi dell'ordinamento era ancora più evidente per il fatto che il comma secondo dell'art. 13 della Carta fondamentale impone che soltanto l'autorità giudiziaria può adottare con «atto motivato» iniziative per l'ulteriore restrizione della libertà personale, escludendo decisamente l'intervento di qualsiasi autorità amministrativa (8). Cosicché all'esigenza di legalità si abbinava la correlativa esigenza di giurisdizionalizzazione delle misure di rigore, nel senso che una tale norma, per i prorompenti effetti che era destinata a produrre, doveva essere caratterizzata da un alto grado di tassatività e la sua concreta applicazione non poteva essere sottratta in alcun modo al vaglio giurisdizionale.

Nonostante i controversi percorsi legislativi con l'art. 10 della legge 10 ottobre 1986 n. 663, detta Gozzini (9), era stato invece interamente recuperato lo spirito dell'art. 90 ord. pen. abrogato, attraverso l'introduzione gli artt. 41 bis e 41 bis che avevano configurato un regime differenziale tra la categoria di coloro che erano stati condannati per reati ritenuti particolarmente allarmanti per l'ordine pubblico e tutti gli altri soggetti condannati per reati di natura diversa. Regime maggiormente caratterizzato e sostanzialmente aggravato proprio con l'introduzione del comma secondo dell'art. 41 bis, avvenuta con il decreto legge 8 giugno 1992 n. 306 – definito dai nomi dei ministri dell'epoca proponenti Scotti-Martelli – e convertito nella legge 7 agosto 1992 n. 356, che significativamente recava nella rubrica il titolo «Situazioni di emergenza».

La norma di emergenza, significativamente definita di «carcere duro», era stata introdotta dopo i gravissimi episodi stragisti di stampo mafioso accaduti in quei mesi ed i problemi di ordine all'interno degli istituti ove si erano

registrate rivolte e sommosse legate a quel particolare momento storico. L'originario decreto legge era stato tempestivamente convertito in legge senza alcuna opportuna modifica tesa all'armonizzazione con il complesso normativo della materia penitenziaria, confermando dunque un primo orientamento di stabilizzazione normativa da parte del legislatore.

Con la legge n. 663/86 si dà dunque vita ad un «ordinamento di massima sicurezza parallelo a quello ordinario e svincolato da controlli» (10) la cui unica giustificazione di conformità ordinamentale è la giurisdizionalizzazione dei provvedimenti che si adotteranno per far fronte alle gravi situazioni di ordine pubblico che si dovessero determinare nelle strutture carcerarie. Sotto il profilo della determinatezza del dettato legislativo la disciplina appariva piuttosto vaga nei suoi contenuti specifici. Se da un lato le ipotesi di rivolta erano tassativamente richiamate, restava in ombra il contenuto della formula «altre gravi situazioni di emergenza», sulla base della quale poter ricorrere all'intervento repressivo per ripristinare «l'ordine e la sicurezza». Tuttavia questa norma, all'epoca della sua entrata in vigore costituita solo da questo primo comma, riproduceva in maniera pedissequa l'abrogato art. 90. Si trattava di un intervento legislativo utile solo ad aggirare temporaneamente il sospetto di incostituzionalità che si era approntato sulla disciplina abrogata.

La conferma definitiva della disciplina è intervenuta con la legge 23 dicembre 2002, n. 279 che ha stabilito anche i poteri di intervento del Ministro della giustizia, in ordine alla sospensione delle regole ordinarie di trattamento, che fino ad allora erano state oggetto di interventi legislativi di proroga temporanea (11). Si potrebbe a questo punto incorrere nell'equivoco di ritenere che la sua definitività normativa possa contribuire a garantire certezza del diritto. Il vero problema è altro, attiene al contenuto, alla natura ed alla funzione della misura, aspetti che, è vero, erano precedentemente complicati dal fatto che fosse adottata su presupposti di «necessità ed urgenza» di un decreto legge che si replicava uguale a se stesso.

La norma richiama in tutta la sua evidenza uno strumentario verso il quale si sono prese le distanze da tempo nell'ambito del diritto penale sostanziale, quello della «colpa d'autore» o del «tipo di autore» per i destinatari di questa disciplina, con evidenti ricadute sul principio di uguaglianza. La tecnica normativa già si pone come significativo elemento di valutazione, allorché si caratterizza come rinvio sistematico all'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario, quasi una sorta di «norma in bianco».

3. *Gli elementi di novità contenuti nell'ordinanza della Consulta.* – Seppure si tratta di un'ordinanza, e non come forse sarebbe stato preferibile di una sentenza interpretativa di rigetto come in passato che avrebbe dato, a nostro parere, una maggiore consistenza e vincolatività all'intervento, la Corte costituzionale sottolinea alcuni aspetti che apparivano in ombra nella complessa disciplina dell'art. 41 *bis* ord. pen. (12).

La forma assegnata al provvedimento di verifica costituzionale, tuttavia, sembra deporre nel senso della «non incompatibilità» con le norme fondamentali, piuttosto

che nel senso della piena «conformità» alla Carta fondamentale anche se, comunque, rappresenta una decisa conferma dell'orientamento costante nel senso della piena legittimità costituzionale della norma. Peraltro, la scelta della natura del provvedimento – ordinanza e non sentenza – priva anche di sicuro rilievo a monte i nuovi elementi di condivisibile perplessità addotti dai giudici remittenti per sostenere il sospetto di incostituzionalità avanzato.

In particolare la Consulta valorizza, sottolineandone la non incompatibilità alla Carta fondamentale, i caratteri di regolarità della norma sfrondandoli di quelle connotazioni emergenziali ed eccezionali che in sede applicativa potrebbero farla apparire come un'aporìa all'interno del sistema legislativo che regola la materia penitenziaria (13). Che la norma continui ad essere «fuori quadro» normativo non può essere sottaciuto: sarebbe negare l'evidenza. Ancora di più in presenza del nuovo art. 111 Cost. che stabilisce un invalicabile baluardo, di ordine sostanziale e processuale, in materia di libertà personale per effetto del combinato disposto con l'art. 13 Cost.

Questa volta il punto controverso posto in luce dalle ordinanze di remissione alla Consulta è il contenuto del provvedimento ministeriale di proroga delle norme di rigore e soprattutto la valutazione della sussistenza dei presupposti che legittimano la permanenza della misura. La preoccupazione avvertita in sede applicativa investe le modalità di accertamento, in ordine al fatto che non è cessata «la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive» che sovente si limita ad una presa d'atto di relazioni fornite dalle forze di polizia, senza la oggettiva possibilità di fornire convincenti elementi di contrasto (14). Il tutto, infatti, sembra riconducibile ad un concetto di presunzione di pericolosità che non consente di offrire elementi di valutazione di segno contrario e con la sistematica conferma dei provvedimenti di proroga da parte del tribunale di sorveglianza prenderebbe corpo una sorta di tipizzazione del detenuto «speciale», circostanza disancorata da una verifica critica in relazione alla sussistenza di un «effettivo ed attuale pericolo» (15).

La Corte costituzionale riportandosi alla sua giurisprudenza sul tema, ed in particolare alla sentenza n. 376/97, conferma che la valutazione delle condizioni di permanenza della pericolosità deve essere rapportata al singolo detenuto, alla sua effettiva condotta ed alla concreta possibilità che questi mantenga collegamenti con gruppi criminali, senza che il tribunale di sorveglianza possa trincerarsi dietro il paravento di definizioni «di stile» o modelli argomentativi *standard*, con il riferimento ad una astratta categoria di soggetti, perdendo in questo modo di vista il singolo e la sua effettiva condotta (16).

4. *La permanente tensione tra garanzie e sicurezza.* – L'ordinanza ancora una volta si preoccupa di sottolineare come la decisione sulle ulteriori restrizioni alla libertà personale sia da porre in rapporto con le esigenze di sicurezza interna e di ordine pubblico, parimenti oggetto di tutela di norme fondamentali, per verificarne, in quel caso specifico, le ragioni di sacrificio dell'una a

vantaggio dell'altra (17) (18). Del resto lo stesso art. 41 *bis* ord. pen. consente nella sua ampia formulazione di graduare l'intervento restrittivo.

Tuttavia la vera novità portata dall'ordinanza della Consulta è l'aver rimarcato con forza che i caratteri di legittimità del provvedimento ministeriale investono essenzialmente la parte motiva dell'atto amministrativo che non potrà sfuggire ad un attento controllo giurisdizionale sulla esistenza dei presupposti di adozione della misura. In particolare viene sottolineato che il provvedimento deve «contenere una adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire sugli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali». Solo a seguito di questa approfondita indagine si potrà ritenere soddisfatto il rispetto del principio costituzionale del contraddittorio, sancito all'art. 111 Cost., in ragione del quale il controllo giurisdizionale non potrà trascurare la verifica in concreto degli elementi addotti a carico del detenuto «anche alla luce delle circostanze eventualmente allegare dal detenuto».

Lo sforzo teso a ricondurre nell'alveo del quadro dei principi costituzionali e delle libertà fondamentali della persona umana l'attuale art. 41 *bis* ord. pen. ancora una volta deve piegare sul terreno della prevalente emergenza, dettata dalla mai sopita virulenza dell'attività di gruppi criminali nazionali e frizioni legate al terrorismo internazionale (19). Anche se va detto che l'atterramento delle posizioni sulla semplice «legittimità formale» del provvedimento ministeriale non è sufficiente a sancire la piena conformità costituzionale delle norme sul «carcere duro». Era una norma fuori dai canoni la prima versione dell'art. 41 *bis* ord. pen., continua a rappresentare una deroga alla legislazione ordinaria l'attuale disposizione, un'aporia sistemica che non può trovare piena sintonia con principi fondamentali ma solo una sorta di tolleranza ordinamentale, poiché si pone in aperto contrasto con il diritto al contraddittorio, il diritto alla salute – lamentato negli ultimi tempi per i gravi effetti che l'isolamento umano comporta – (20), il diritto alla libertà personale, in generale ai diritti fondamentali sanciti all'art. 2 Cost. in tutte le possibili forme di attualizzazione.

Non può essere del pari trascurato che la cornice normativa complessiva entro la quale oggi si muove il legislatore italiano ha sensibilmente ampliato i propri confini fino a ricomprendere le fonti della Comunità europea e le Convenzioni internazionali. È pur vero che i provvedimenti legislativi sovranazionali sono destinati ad essere filtrati attraverso un provvedimento del Parlamento italiano, ma sempre più frequentemente l'adozione da parte del legislatore europeo di «direttive specifiche» tendono a superare il limite della recezione nazionale, inserendosi automaticamente nell'ordinamento italiano.

A livello continentale la tutela della persona trova la sua prima fonte nella «Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», adottata a Roma il 4 novembre 1950 dal Consiglio d'Europa, per poi ricevere significativa rilevanza in sede di Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 con il «Patto internazionale sui diritti civili e politici» ed il 10 dicembre 1984 con la «Convenzione internazionale contro la tortura e le altre pene e trattamenti crudeli, inumani o degradanti». Per fi-

nire, ancora a livello europeo, è decisiva la Raccomandazione del Comitato dei Ministri adottata il 12 febbraio 1987 «Regole penitenziarie europee – Versione europea aggiornata dell'insieme delle regole minime per il trattamento dei detenuti», dove al punto 1 viene sancito che la privazione della libertà personale va attuata «in condizioni materiali e morali che assicurino il rispetto della dignità umana». Allo stesso modo non può non essere ricordata la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo tesa a valorizzare gli aspetti di tutela dei diritti fondamentali della persona umana e delle sue diverse forme di manifestazione sia personali che sociali.

Il complesso di tali premesse di principio appare tuttavia tradito dalla emergenza terroristica internazionale che negli ultimi anni ha finito per contaminare sia le fonti interne degli Stati che le legislazioni continentali. Già a partire dall'Ordinanza militare del Presidente degli Stati Uniti d'America «Detenzione, trattamento e procedimento nei confronti di alcuni non-cittadini nella Guerra al Terrorismo» si assiste al radicarsi di una diversa filosofia di fondo che anima la legislazione attuale e che certamente farà registrare una progressiva forma di contaminazione in tutti gli ordinamenti giuridici rappresentati nell'ambito delle Nazioni Unite (21).

Anche alla luce della legislazione sovranazionale, dunque, non muta la nostra idea che nella sua atipicità la misura del 41 *bis*, anche nella sua attuale forma normativa stabilizzata, si presenta per il suo esclusivo contenuto di altissima afflittività, non come una delle possibili forme di concretizzazione della sanzione penale, ma una vera e propria tipologia di pena, in violazione del catalogo di tipicità stabilito dal combinato disposto degli artt. 17 e 20 c.p.

Non si può mancare, infine, di rilevare che tale tipo di pena non viene applicata dal giudice del dibattimento, nella fase di accertamento della responsabilità penale personale dell'imputato, congruamente valutata secondo i criteri normativi dell'art. 133 c.p., ma da un'autorità amministrativa e che viene addirittura destinata anche ai detenuti in stato di custodia cautelare, nonostante la vigenza del principio ordinamentale di «non colpevolezza» fino a sentenza irrevocabile.

La cifra che qualifica la nuova disciplina, sia attraverso l'art. 4 *bis* che l'art. 41 *bis* ord. pen., e che mostra in trasparenza la sua finalità è sicuramente rappresentato dal carattere di premialità per la collaborazione con la giustizia che informa l'intero impianto normativo (22). Il legislatore finalizza la legislazione «speciale» in tema di «carcere duro» alla collaborazione con la giustizia da parte del detenuto, il quale solo in questo modo potrà sperare di accedere alle misure alternative ed agli altri benefici penitenziari. Pur non trascurando che il significato del premio è una possibile componente del carattere polifunzionale della pena del nostro sistema, non può tuttavia sfuggire che in questo modo le viene conferito una connotazione impropria, negativa con risvolti meramente affittivi, strumento di polizia più che rimedio riabilitativo e risocializzante, estraneo alle finalità di esecuzione penitenziaria (23).

Il risultato della collaborazione si risolve, pertanto, nella dimostrazione che da una verifica svolta all'interno del penitenziario risultano cessati i rapporti e i collega-

menti con ambienti criminali, terroristici ed eversivi esterni al carcere.

Per altro verso, dai caratteri normativi dell'istituto di rigore, soprattutto per la natura e la finalità, sembra emergere una fisionomia molto vicina all'apparato delle misure di prevenzione, sia pure innestate in un quadro procedimentale di accertamento della responsabilità penale e non meramente preventivo.

A questo punto non è retorico chiedersi se una scelta legislativa di questo tipo sia in linea con il carattere costituzionale della sanzione penale e segnatamente in sintonia con la finalità rieducativa della pena sancita all'art. 27 Cost. Non solo entra in gioco la valutazione del divieto concernente i «trattamenti contrari al senso di umanità» ma anche lo stesso concetto di rieducazione che non si pone solo come un auspicio ordinamentale, bensì come un preciso obbligo costituzionale (24).

Va osservato, in ultimo, che la revoca del provvedimento applicativo della disciplina dell'art. 41 bis sul piano del diritto sostanziale delinea una precisa fisionomia degli effetti. Ed infatti, la verifica del venir meno dei presupposti applicativi, vale a dire la prova della cessazione delle relazioni con il gruppo criminale di appartenenza, si risolve nella interruzione della permanenza del reato di associazione per delinquere qualificata o di terrorismo internazionale. Se la revoca del provvedimento restrittivo si verifica nel corso delle indagini preliminari quando l'indagato è sottoposto a misura cautelare, questa circostanza rappresenta la dimostrazione della soluzione del vincolo associativo e la cessazione della sua permanenza determina una serie di effetti che si colgono sia sul piano del diritto sostanziale che processuale, come per tutte le altre analoghe ipotesi di reato permanente.

Pasquale Troncone

(1) I precedenti significativi della Corte costituzionale sono contenuti nelle sentenze n. 349/93; n. 410/93; n. 351/96 e n. 376/97.

(2) CESARIS L., *Commento all'art. 41 bis, in Ordinamento penitenziario*, a cura di GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., Cedam, Padova 2000, p. 339 ss.; GUAZZALOCA B., *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella L. 17 luglio 1992, n. 203, e 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella L. 7 agosto 1992, n. 356, in Mafia e criminalità organizzata*, Utet, Torino 1995, p. 730 ss.; CASTALDO M.C., *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Jovene, Napoli 2001, p. 90 ss.; VOCCA O., *Il carcere. Linee di politica criminale*, Liguori, Napoli 2003, p. 171 ss.; ARDITA S., *Il nuovo regime dell'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.* 2003, p. 4 ss.

(3) FRIGO G., *Videoprocessi e «carcere duro»: a regime il trattamento penitenziario «di rigore». L'eccezione che diventa regola. Commento alla L. 23 dicembre 2002, n. 279*, in *Dir. pen. e proc.* 2003, p. 1531 ss.

(4) LA GRECA G., *Videoprocessi e «carcere duro»: a regime il trattamento penitenziario «di rigore». Una «stabilizzazione» per uscire dall'emergenza. Commento alla L. 23 dicembre 2002, n. 279*, in *Dir. pen. e proc.* 2003, p. 417 ss.

(5) GREVI V., *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, a cura di VITTORIO GREVI, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova 1994, p. 3.

(6) Per gli effetti ordinamentali prodotti da iniziative normative volte alla stabilizzazione dell'emergenza, ci sia consentito rinviare a TRONCONE P., *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene, Napoli 2001.

(7) L'abrogato articolo 90 L. 354/75 stabiliva: «Quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, il Ministro della giustizia la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per il periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza», sull'evoluzione dell'istituto si veda DI RONZA P., *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Cedam, Padova 2003, p. 539 ss.

(8) NUVOLONE P., *Il processo penale e l'esecuzione delle pene*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. II, Cedam, Padova 1969, p. 1465. PADOVANI T., *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 159 ss.

(9) Per le premesse storico-legislative dell'attuale regime introdotto con la legge n. 663/86, si veda CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano 2002, p. 173 ss.

(10) CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 175.

(11) FIORENTIN F., *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.* 2003, p. 437 ss.; BERNASCONI A., *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis comma 2 ord. pen.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. DI CHIARA, Giappichelli, Torino 2003, p. 285 ss.; PADOVANI T., *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: una evasione della legalità*, in *Diritti det. e tratt. pen.*, a cura di VITTORIO GREVI, 1981, p. 285 ss.; NUNZIATA M., *Prorogato fino al 31 dicembre 1999 il regime speciale di trattamento penitenziario dei detenuti per «delitti di mafia» (art. 1 legge 16 febbraio 1995, n. 36)*, in *Il nuovo diritto 1995*, p. 1052 ss.

(12) MODUGNO F., *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.* 1988, II, 16 ss.

(13) CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 459 ss.

(14) Non può non essere segnalata a questo proposito una decisione resa negli ultimi giorni dal Tribunale di sorveglianza di Napoli, inedita, n. 1661 dell'11 febbraio 2005, con la quale, prendendo atto del contenuto dell'Ordinanza della Corte costituzionale, si sottolinea la necessità di un vaglio accurato delle informazioni rese sulla effettiva sussistenza dei presupposti di validità della misura del 41 bis ord. pen., soprattutto in relazione al giudizio di attualità della pericolosità sociale (pericolosità specialissima) richiesta dalla norma.

(15) FERRARO N., *Decreto ministeriale ex art. 41 bis comma 2 ord. pen. e controllo giurisdizionale*, in *Cass. pen.* 1996, p. 1294; BOCCHINI B., *Sull'ampiezza del controllo giurisdizionale in tema di carcere duro*, in *Giur. merito* 2004, p. 1153 ss.; GIUNCHEDI F., *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41 bis ord. pen.*, in *Dir. pen. e proc.* 2004, p. 355 ss.

(16) Le affermazioni di principio sono contenute anche nelle sentenze nn. 349 e 410/93; 351/96. Si veda sul tema CESARIS L., *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41 bis comma 2 ord. pen. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.* 1998, p. 3179 ss.

(17) Gli effetti dei provvedimenti restrittivi sono puntualmente analizzati da BONETTI M., *Tutela della riservatezza ed ambito penitenziario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, p. 846.

(18) Per il riferimento alla specifica fonte normativa si rinvia al D.P.R. n. 230/2000 «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà».

(19) FILIPPI L., *La «novella» penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una «controriforma» che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.* 2003, p. 24 ss.; RUOTOLO M., *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4 bis e 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris* 2003, p. 417 ss.

(20) Anche sulla rilevanza di questo aspetto si veda Corte cost., ord. 23 luglio 2002, n. 390, in <http://www.iuritalia.com/cortecostituzionale>; CESARIS L., *Tutela della salute ed esigenze cautelari per gli imputati detenuti in regime ex art. 41 bis comma 2 ord. pen.: un equilibrio difficile, forse impossibile*, in *Cass. pen.* 2003, p. 2277 ss.

(21) Si veda il testo in Appendice a BONINI C., *Guantanamo. Usa, viaggio nella prigione del terrore*, Einaudi, Torino 2004. Da ultimo è interessante la lettura di DERSHOWITZ A.M., *Terrorismo*, Carocci, Roma 2003.

(22) Il soggetto detenuto all'esito della sua collaborazione può ottenere, per effetto dell'art. 16 *nonies* del D.L. 8/92, importanti benefici penitenziari, tra questi i permessi premio, la detenzione domiciliare e la liberazione condizionale.

(23) Per i rilievi problematici sulla complessa vicenda della moderna funzione della pena si veda BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *La questione criminale* 1981, p. 447: «La tecnica dell'incoraggiamento è, dunque, incompatibile con l'essenza della sanzione penale e la funzione «premiante» è antitetica alla funzione di quest'ultima,

sia pure assunta in una prospettiva «polifunzionale»». Peraltro, una indiretta conferma viene offerta dalla introduzione dei «colloqui investigativi» con l'art. 18 *bis* ord. pen. da parte del Procuratore nazionale antimafia, cfr. CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 486 ss.

(24) In riferimento al catalogo dei reati che inibiscono l'accesso alle misure alternative, si veda Corte cost., sent. n. 306/93, in <http://www.iuritalia.com/cortecostituzionale>: «Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione di tipi di autore, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita». Del resto la stessa Consulta aveva già stabilito che «l'efficacia rieducativa della pena non dipende tanto dalla sua durata, quanto soprattutto dal suo regime di esecuzione», in Corte cost., sent. nn. 169/85; 22/71 e 119/75, in *Giur. cost.* 1985, p. 1245 ss. Per una accurata analisi delle problematiche legate alle forme del trattamento penitenziario ed alle sue forme esasperate cfr. BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale* 1976, p. 252 ss. Per le questioni relative alle scelte operate negli Stati Uniti d'America nell'attuale stagione di post-rieducazione, si presenta particolarmente utile la lettura di GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano 2001.