

OPINIONI A CONFRONTO

IL "CARCERE DURO" TRA EFFICACIA E LEGITTIMITÀ

Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA

Il regime penitenziario previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen. viene da più parti considerato una irrinunciabile condizione di efficacia e serietà della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso e terroristico, traendo da ciò un implicito argomento a favore della sua legittimazione. Specie da ultimo, però, si sono intensificate le critiche al c.d. "carcere duro", che, inizialmente introdotto come misura temporanea, è stato definitivamente e stabilmente acquisito nel nostro ordinamento penitenziario ad opera della legge 23 dicembre 2002, n. 279. Le contestazioni – è questo un fatto nuovo – sono venute anche dalla piazza (tra le altre manifestazioni, si pensi a quella svoltasi a L'Aquila il 3 giugno 2007, a seguito del suicidio di un detenuto assoggettato al regime in questione). Per non dire poi del risalto che la stampa ha dato alla mancata consegna alle autorità italiane del boss Rosario Gambino. Secondo tali notizie il giudice di Los Angeles, competente a pronunciarsi, ha motivato la sua decisione proprio in ragione del rischio che il detenuto venisse assoggettato al regime restrittivo in questione (cfr. "Il 41-*bis* è una forma di tortura", *Il sole 24-ore*, 16 ottobre 2007, p. 17; con lo stesso titolo, v. anche *Corriere della sera*, 16 ottobre 2007, p. 13).

Prendendo spunto da ciò abbiamo ritenuto di coinvolgere nel dibattito due specialisti della materia, Sebastiano Ardita e Massimo Pavarini, chiedendo loro di pronunciarsi: a) sull'efficacia preventiva dell'istituto penitenziario previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen.; b) sulla sua legittimità, sotto il profilo del divieto di trattamenti inumani e del principio di rieducazione; c) sull'influenza che la misura penitenziaria, quando è applicata al detenuto in custodia cautelare, può sortire sull'eventuale scelta della collaborazione processuale.

dott. SEBASTIANO ARDITA

Magistrato - Direttore generale dei detenuti e del trattamento

Il dibattito sull'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen. ha ad oggetto il c.d. carcere della prevenzione, e dunque un settore minoritario ed antitetico rispetto alla

complessa realtà penitenziaria, generalmente ispirata da finalità di inclusione sociale ed impegnata nella ricerca di collegamenti tra la popolazione detenuta e la società esterna. Il regime detentivo speciale si colloca nell'ambito della normativa varata allo scopo di opporre una azione di contrasto alla criminalità organizzata, e ne costituisce uno degli strumenti più efficaci. Per paradosso, mentre viene individuato come espressione della forza dello Stato, esso evidenzia tutti i limiti della ordinaria misura detentiva rispetto al fenomeno della criminalità organizzata, dimostrando come il carcere ordinario non riesca a ridurre le reali capacità operative ed organizzative.

1. *In cosa consiste il "41-bis"*. – Uno dei principali motivi di incomprendimento nel dibattito sul regime speciale è che i suoi reali contenuti non sempre risultano conosciuti ai più, dando l'idea di una diversa e maggiore retribuzione, da operarsi avverso gli autori di reati particolarmente gravi, e pertanto meritevoli di più intensa punizione. È così che l'istituto previsto dall'art. 41-*bis* è stato appellato come regime di "carcere duro" o di "isolamento assoluto". In realtà la detenzione speciale consiste in un catalogo di limitazioni volte a ridurre la frequenza dei contatti con l'esterno, e contestualmente ad aumentarne i controlli. Il suo scopo pertanto non è determinare una condizione di isolamento, né aggravare la sofferenza della detenzione ordinaria, che subisce comunque una oggettiva limitazione in misura direttamente corrispondente alle esigenze preventive che si vogliono perseguire. Per comprendere il senso di ciò sarà sufficiente qui di seguito specificare in concreto il contenuto dei limiti imposti con il regime. Per i detenuti in regime speciale è previsto: a) una riduzione dei colloqui con i familiari (uno o due al mese) e la esclusione dei colloqui con estranei; b) il visto di controllo sulla corrispondenza, se disposto dalla competente A.G.; c) un limite alla ricezione di somme; d) un limite nella ricezione di pacchi dall'esterno; e) la restrizione del periodo di durata della permanenza all'aperto f) il divieto di partecipazione alle rappresentanze di detenuti ed internati; g) la possibilità di frequentare, nell'ambito dei gruppi di socialità o ai passeggi, da un minimo di 3 ad un massimo di 5 detenuti sottoposti al medesimo regime.

2. *La legittimità del regime*. – Così concepite, le misure che danno contenuto al regime appaiono unicamente mirate a garantire una condizione di sostanziale cesura tra gli esponenti detenuti delle organizzazioni criminali cui esso si applica ed i componenti attivi delle medesime consorterie ancora in libertà.

Nel dichiarare la legittimità costituzionale del regime di cui all'art. 41-*bis* la Consulta, con le pronunce più significative [n. 349/1993, n. 410/1993, n. 351/1996, e n. 376/1997], ha determinato un duplice ordine di limiti ai contenuti della sua applicazione, individuando veri e propri confini nel cui ambito possono essere collocate le misure del regime speciale. Essa ha innanzitutto definito i c.d. limiti esterni col sancire che non possono essere adottate misure comunque incidenti "sulla qualità e quantità della pena" o sul "grado di libertà personale del detenuto", né adottarsi "determinazioni che vengano a precludere o a condizionare in via di diritto l'applicabilità ai detenuti di benefici che incidano sullo stato di libertà". Ma ha poi individuato i c.d. limiti interni, stabilendo che non possano disporsi misure le quali, per il loro contenuto, non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inadeguate o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento.

3. *A chi si applica e perché.* – La legge sul regime speciale si rivolge essenzialmente a quei soggetti posti al vertice delle organizzazioni mafiose o terroristiche, ovvero a coloro che – per i compiti assegnati, per le conoscenze qualificate, per le aderenze istituzionali possedute – rivestano una posizione strategica all'interno delle predette consorterie, di tal che possano mantenere con l'ambiente esterno al carcere relazioni idonee a determinare la realizzazione di ulteriori delitti. La misura venne adottata per la prima volta a cavallo delle stragi di mafia del 1992, ed introdotta con uno dei decreti legge sui quali venne scritta una buona parte delle più efficaci misure antimafia tuttora vigenti. A ravvisare la necessità dello strumento era stato lo stesso Giovanni Falcone nel corso della sua esperienza di direzione degli affari penali nel ministero della Giustizia. Il regime speciale previsto dall'art. 41-*bis* è stato pensato guardando alla organizzazione-tipo della compagine mafiosa che ricalca le caratteristiche del moderno azionalismo d'affari. Esiste un vertice criminale che si occupa tanto degli aspetti strategici della consorteria (alleanze, contrasti, riappacificazioni, aderenze istituzionali) quanto degli aspetti che riguardano il contrasto ai nemici dell'organizzazione (reazioni armate, punizioni emblematiche), quanto infine degli aspetti di gestione economica (assicurazione e reinvestimento dei proventi delle attività delittuose). Il regime detentivo speciale si ripropone di isolare il vertice decisionale dalle strutture operative per disarticolare la dimensione organizzativa della mafia.

4. *La pesante eredità dell'art. 90.* – Il regime di cui all'art. 41-*bis*, sul piano

contenutistico, si pone in diretta continuità con il regime previsto dall'art. 90 ord. pen., da cui si differenzia però in modo significativo sul piano della trasparenza e della selettività della sua applicazione, e per la conseguente previsione di un coerente sistema di rimedi di natura giurisdizionale. Se da un lato è vero infatti che i limiti imposti con l'art. 41-*bis* sono frutto dell'esperienza maturata durante la stagione degli anni di piombo, è pur vero che l'applicazione del vigente regime nasce da provvedimenti emessi su base individuale, specificamente notificati all'interessato con decreti ministeriali motivati e reclamabili. Il regime dell'art. 90 rappresentava invece una elevazione generalizzata ed indifferenziata delle esigenze di prevenzione in ambito penitenziario, che imponeva un sistema di regole speciali applicabili a tutti coloro che si fossero trovati all'interno di un determinato istituto, senza nessuna ponderazione di variabili connesse alla dimensione individuale. Si trattò di un sistema che venne a sposarsi con il c.d. circuito delle carceri speciali, nel quale la prospettiva della sicurezza logistica e quella delle regole di prevenzione trovavano attuazione indifferenziata in un contesto nel quale l'unico presupposto soggettivo di applicazione era rappresentato dalla materiale presenza all'interno di uno degli istituti sottoposti all'art. 90. Oltre che negarsi dunque qualsiasi rimedio di giustizia a tutti i detenuti – persino a quelli che venivano sottoposti al regime senza che avessero mai avuto nulla a che fare con la criminalità organizzata – vi era una generalizzata potestà dell'amministrazione di sottoporre a detenzione speciale chiunque, sulla scorta del semplice trasferimento presso un istituto ove, per disposizione ministeriale, era vigente l'art. 90.

Nel sistema dell'art. 90 venivano dunque grossolanamente tutelate tanto le esigenze di prevenzione, che sono proprie del regime previsto dall'41-*bis*, comma 2, quanto le esigenze di sicurezza interna, tutelabili oggi attraverso lo strumento dell'art. 14-*bis* ord. pen. Quest'ultimo articolo, non a caso, venne introdotto con la medesima legge "Gozzini" n. 663/1986, che ha segnato il tramonto dell'art. 90, e che ha tra i suoi tanti meriti, quello di avere preteso la individualizzazione delle scelte penitenziarie, tanto di quelle che presuppongono l'applicazione di regimi particolari o speciali, quanto di quelle volte a definire scelte alternative alla detenzione. La conseguenza più immediata e naturale della individualizzazione delle scelte è stata quella della loro "ricorribilità" in sede giurisdizionale.

5. *Gli effetti sul fenomeno della collaborazione con la giustizia. L'introduzione e la modifica dell'art. 4-bis.* – Il tema delle possibili relazioni tra il regime di cui all'art. 41-*bis* e la collaborazione con la giustizia appare suggestivo per via

della possibile inferenza delle condizioni detentive sulla scelta strategico-processuale. Per valutarne l'effettiva portata occorre partire da un significativo dato normativo.

Contestualmente all'introduzione del regime 41-*bis*, comma 2, con il d.l. n. 306/1992 veniva modificato anche l'art. 4-*bis* ord.pen., che era stato introdotto dall'art. 1 d.l. n. 152 del 1991. Nella sua originaria formulazione l'art. 4-*bis*, per i reati commessi in ambito di criminalità organizzata, limitava la concessione dei benefici penitenziari soltanto ai casi in cui fossero stati acquisiti "elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva" ovvero ove non risultassero "elementi tali da far ritenere la sussistenza" di tali collegamenti. Parallelamente a ciò era stabilito, per gli appartenenti alla criminalità organizzata, un periodo minimo di pena più elevato.

Con il d.l. n. 306/1992 nei confronti dei condannati appartenenti alla criminalità mafiosa venne stabilito che i benefici penitenziari, ad eccezione della liberazione anticipata, potessero essere concessi solo nei casi di collaborazione con la giustizia, e sempre che sussistano elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. Tale modifica ebbe dunque a determinare un rilevante "mutamento di prospettiva", evidenziato dalla Corte Costituzionale [22 febbraio 1995], che ha rilevato come "pur restando sullo sfondo, quale generale presupposto per la concessione dei benefici, la verificata assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, il d. l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356 ha obliterato fino a dissolverli i parametri probatori alla cui stregua condurre un siffatto accertamento, per assegnare invece un risalto esclusivo ad una condotta – quella collaborativa – che si assume come la sola idonea a dimostrare, per *facta concludentia*, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti. Si passa, pertanto, da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)".

Tale scelta legislativa, asseverata dalla Corte Costituzionale, determina un inevitabile riflesso – sul piano dell'accertamento della rescissione dei collegamenti – anche rispetto al venir meno dei presupposti per l'applicazione del regime speciale. Ma ciò da un lato non esaurisce il novero delle situazioni che possono dimostrare il venir meno dei collegamenti, dall'altro non può legittimare l'idea che il regime di cui all'art. 41-*bis* sia uno strumento repressivo per

promuovere la collaborazione. Va infatti ricordato come il regime speciale abbia un contenuto predeterminato, sia funzionale alla interruzione delle comunicazioni e, come vedremo, sia sottoposto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Altro e connesso problema è quello relativo alla difficoltà di sciogliere i vincoli di appartenenza alla organizzazione mafiosa. L'esperienza giudiziaria raccolta in una importante massima della Cassazione [Sez. I, 24 giugno 1992, Alfano, in CED Cass. n. 191309/1992] aveva già rilevato "l'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 come "la mera detenzione non sia 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".

L'affiliato che agisce nell'associazione molto spesso non può esprimere opzioni individuali, ma il più delle volte è agito dalla stessa, e comunque mai può scegliere volontariamente di revocare la propria appartenenza. Pertanto se vuole realmente distaccarsene deve, a sua volta, agire contro di essa. La scelta della collaborazione rappresenta dunque l'unico strumento a sua disposizione per segnare il distacco dall'organizzazione mafiosa, piuttosto che atteggiarsi come una conseguenza indotta dalla esclusiva volontà di uscire dal regime di cui all'art. 41-*bis*. Se così fosse non sarebbe vera collaborazione e non si legittimerebbe né la revoca del regime speciale né l'accesso ai benefici.

Discorso a parte meriterebbe la questione dell'appartenenza alle compagini di terrorismo interno, ove il vincolo di adesione è molto meno pregnante. Ancor più complesso è invece il problema dell'appartenenza nelle formazioni di terrorismo internazionale ove, in alcuni casi, vengono a ravvisarsi forme esasperate di partecipazione su base religiosa.

6. *Il problema della effettività dei rimedi di giustizia.* – Prima che entrasse in vigore la riforma del dicembre 2002, si era in presenza di un sistema sostanzialmente privo di effettività nei rimedi di giustizia. La prima formulazione normativa del regime speciale non prevedeva infatti strumenti di impugnazione. La giurisprudenza della Cassazione peraltro negava inizialmente persino la impugnabilità del decreto che irrogava il regime di cui all'art. 41-*bis* [Cassazione sino al 1993: Sez. I, 27 febbraio 1993, Sena, in *Cass. pen.*, 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].

Fu la Corte costituzionale, con la pronuncia n. 349/1993 [in *Giur. Cost.*, 1993, p. 2740 s.] ad intervenire additivamente sulla disciplina del regime speciale, prevedendo uno strumento di gravame, grazie alla applicazione analogica della procedura di reclamo prevista dall'art. 13-*quater* ord. pen., che consentiva la celebrazione di un giudizio di impugnazione innanzi al Tribunale di Sorveglianza. La legge 7 gennaio 1998 n. 11, ha recepito questa impostazione aggiungendo il comma 2-*bis* all'art. 41-*bis*. Ma anche questo sistema di giustizia così costruito non garantiva alcuna effettività di tutela giurisdizionale. Accadeva infatti che i provvedimenti ministeriali che disponevano il regime detentivo speciale avessero vigore per un periodo pari a sei mesi. Allo spirare del termine essi venivano rinnovati, salvo che non dovessero considerarsi venute meno le esigenze di prevenzione poste alla base dell'istituto. Visto il breve periodo di vigenza del decreto, era pertanto appena possibile riuscire a celebrare per tempo – ossia entro il semestre – il giudizio in sede di reclamo dinanzi al Tribunale di Sorveglianza, mentre i giudizi di Cassazione avverso le pronunce dei Tribunali solo raramente giungevano a conclusione prima della scadenza dei sei mesi. Giunti al vaglio della Corte Suprema, i ricorsi venivano dichiarati improcedibili per carenza dell'interesse ad impugnare, giacché frattanto il decreto applicativo oggetto della censura aveva perduto la sua efficacia, lasciando il posto ad un nuovo provvedimento reiterativo degli effetti del regime. La Cassazione peraltro aveva assunto l'orientamento di ritenere il decreto di proroga del trattamento differenziato come un provvedimento del tutto autonomo rispetto a quello rimasto privo di efficacia. Veniva pertanto a determinarsi una situazione di mancata tutela giurisdizionale generata da una duplicità di cause concorrenti: il breve termine di durata dei decreti; e l'irrelevanza delle pronunce dei tribunali rispetto alla successiva attività ministeriale di reiterazione degli effetti del regime.

La nuova legge ha previsto una durata minima di un anno per i decreti di applicazione, e determinato un obbligo per il ministro di conformare la propria attività futura ai contenuti delle decisioni dei tribunali di sorveglianza. La Cassazione da parte sua [Sez. I 5 febbraio 2004, *Zara*] ha ritenuto – a differenza di quanto sostenuto in passato – che permanga l'interesse all'impugnazione anche se il decreto ministeriale avverso il quale sia stato sollevato il gravame, abbia già consumato i suoi effetti.

Subito dopo l'entrata in vigore della nuova legge, a partire dal 2003, si è pertanto registrato un forte incremento dei ricorsi, e parallelamente una maggiore incidenza degli annullamenti dei provvedimenti applicativi, in conse-

guenza della effettività della tutela giurisdizionale garantita dalla intervenuta normativa.

Oggi dunque il regime di cui all'art. 41-*bis* oltre ad essere un sistema di regole scritte e funzionali al perseguimento delle finalità di prevenzione, è anche un sistema a tutela giurisdizionale compiuta.

7. *La tenuta giurisdizionale del sistema. I ricorsi.* – Avere messo “a regime” l’istituto di cui all’art. 41-*bis* – che prima della legge del 2002 era un sistema detentivo prorogato periodicamente – ed avere definito normativamente i suoi contenuti è stata dunque una operazione unicamente e semplicemente garantista. La riforma di per sé non ha rappresentato certamente una ripresa di vigore né un rilancio per l’istituto, così come si è propagandisticamente affermato, e certamente non era immaginabile che si procedesse ad una sua abrogazione, anche se sotto la forma della mancata reiterazione. Ma anche un regime dall’oggi al domani formalizzato, definito nei dettagli applicativi, giurisdizionalmente ricorribile, rischia di ricevere un contraccolpo in assenza di regole chiare sulla natura dell’istituto e di un sistema coerente di competenze istituzionali che consenta a tutti di svolgere al meglio il proprio ruolo di supporto e di raccordo.

E così è avvenuto all’indomani del varo della riforma, allorquando una messe di ricorsi ha sommerso i tribunali di sorveglianza, inducendo alcuni di quei giudici a ritenere impossibile la proroga del regime trascorsi alcuni anni dalla sua prima applicazione e senza che potessero apprezzarsi “nuovi elementi” di pericolosità individuale a sostegno del provvedimento ministeriale di reiterazione. Il tema della proroga ha dunque rappresentato una questione centrale per la tenuta del sistema. [sul punto, sia consentito rinviare per approfondimenti ad Ardità, *Il regime speciale 41-bis*, Milano, 2007]. Il legislatore sul punto si era sforzato di specificare che i provvedimenti sono prorogabili sino a quando le esigenze poste alla base non siano venute meno; ma la giurisprudenza di merito, prendendo anche spunto da alcune pronunce della Cassazione [Sez. I 5 febbraio 2004, Zara] e della Consulta [Ord. n. 417/2004] – che erano per la verità più orientate a delineare i requisiti della motivazione, che a fissare i presupposti della proroga, già espressi chiaramente nella legge – in alcuni casi ha ritenuto di dovere richiedere un *quid novum* da attribuire ai detenuti soggetti all’istituto di cui all’art. 41-*bis* per consentire che il regime possa essere prorogato.

Il sistema previsto dall’art. 41-*bis* ha dunque rischiato di franare sotto la spinta dei ricorsi che hanno offerto una prospettiva segmentata del fenomeno

criminale mafioso e ne hanno relativizzato le esigenze di contrasto dinanzi ad organi giudiziari diversi, e geograficamente distanti tra loro e dai territori della mafia e dai suoi problemi. Un sistema di competenze e di rimedi così malamente concepito ha esaltato la dimensione formalistica dell'istituto, offuscando tanto la visione di insieme del fenomeno criminale organizzato, quanto la funzione di prevenzione dell'istituto, affrontato troppe volte con le categorie proprie dello strumento di "retribuzione". Senza una riforma vera che accentrasse l'istituto sulla sua funzione di prevenzione e ridistribuisse competenze istituzionali, si è rischiato di cadere in un pericoloso equivoco: quello di richiedere che la proroga dell'art. 41-*bis* dovesse basarsi non sulla capacità di collegamento con l'esterno (intesa come potenziale idoneità legata alla forza del gruppo più che all'attività del singolo) ma sull'effettivo e specifico compimento di atti di collegamento. Lo schema della responsabilità e della retribuzione applicato alla misura di prevenzione. È come se si fosse accettato che l'art. 41-*bis* morisse per una sorta di malattia autoimmune: la sua efficace applicazione, con l'impedimento dei collegamenti, posta a presupposto dell'annullamento in sede giurisdizionale.

8. *La tenuta del sistema. Il coordinamento istituzionale e l'emersione della funzione di prevenzione.* – La riforma con le sue carenze e le sue ambiguità, nel determinare condizioni di fragilità del provvedimento che dispone l'applicazione dell'art. 41-*bis*, ha anche posto in luce tutti i limiti di un carente coordinamento – sul piano delle competenze legislativamente previste – tra i possibili attori istituzionali. Anche a seguito dell'assetto determinatosi con la nuova legge, il sistema ha infatti mantenuto una anomala tripartizione di competenza tra gli organi depositari delle conoscenze investigative e responsabili delle misure di prevenzione esterna (Direzioni Distrettuali e Direzione Nazionale Antimafia – organi di polizia), quello competente alla adozione del provvedimento (Ministro della Giustizia) e quello legittimato a proporre ricorso per Cassazione (il Procuratore generale del distretto ove ha sede il Tribunale di Sorveglianza). Inoltre la detenzione dei soggetti sottoposti all'art. 41-*bis* viene condotta in istituti lontani dai luoghi di radicamento criminoso, ove il fenomeno mafioso è tendenzialmente assente. Ciò comporta che gli organi giudiziari investiti della competenza a giudicare sulla misura e a proporre impugnazione, dovranno conoscere e valutare esigenze di prevenzione presenti in luoghi ben lontani da quelli in cui essi quotidianamente operano.

Se il sistema previsto dall'art. 41-*bis* ha sostanzialmente "tenuto" rispetto al contraccollo seguito alla riforma, ciò può ascriversi a due fondamentali ragioni.

Lo stretto coordinamento realizzatosi in via di fatto tra organi investiti di compiti e funzioni diverse e frammentate – DAP, Direzione Nazionale e Direzioni Distrettuali Antimafia, Procuratori Generali – e l'emersione in sede istituzionale di una cultura e di una consapevolezza della funzione di prevenzione connessa a questo e ad altri strumenti.

Sotto quest'ultimo profilo, non v'è dubbio infatti che la diffusione dei delitti commessi in ambito di criminalità organizzata abbia comportato la necessità del varo di istituti normativi idonei a produrre una risposta anticipata dello Stato direttamente orientata a contrastare la loro concreta operatività, mentre il perseguimento e la ricostruzione dei singoli reati ha continuato ad essere oggetto dell'ordinario processo di cognizione. Sequestro dei beni, regime speciale di detenzione, gestione delle informazioni provenienti dalle collaborazioni con la giustizia, vanno pertanto considerati strumenti introdotti nell'ambito di una comune strategia, perché costituiscono un sistema di interventi di tipo integrato e volto a disarticolare l'operatività delle organizzazioni criminali. Senza ulteriormente addentrarci possiamo senz'altro affermare che l'aver collocato il regime di cui all'art. 41-*bis* all'interno delle misure di prevenzione, da un punto di vista strategico ha consentito di ottenere l'effetto richiamato di coordinamento istituzionale; dal punto di vista dommatico e giurisprudenziale, ha suggerito una diversa lettura dei presupposti di sua applicazione e reiterazione. Ciò con riflessi tanto sulla corretta definizione della "prova" necessaria per l'applicazione del regime – che è data dal potenziale pericolo connesso alla capacità di collegamento, non dalla registrazione di fatti concreti –, quanto sul criterio che sovrintende alla permanenza delle esigenze, da individuarsi non nella condotta del detenuto, specie se già inibito dall'art. 41-*bis* in espiazione, ma nell'operatività all'esterno delle compagini criminali di appartenenza.

9. *La posizione dello Stato sull'art. 41-bis. Ragionare pensando a cosa nostra.* – Se il regime previsto dall'art. 41-*bis* è oggi un sistema di regole chiare, ad attuazione trasparente, ad applicazione non generalizzata ma soggettivamente differenziata, con contenuto predeterminato, sottoposto al controllo giurisdizionale, ciò non può che rappresentare un importante risultato di civiltà giuridica.

Nessuna attività dei pubblici poteri, pur quella legittimata dalle più stringenti esigenze di sicurezza pubblica, può mai essere soddisfatta con strumenti che non siano rispettosi delle leggi dello Stato e della Costituzione repubblicana. La cultura della legalità marca orgogliosamente la sua differenza rispetto all'operato dei poteri illegali, proprio sul piano della trasparenza e della

credibilità del suo operato. Ma questa medesima consapevolezza, di chi opera nel rispetto delle regole e con trasparenza, legittima, ed anzi impone, una applicazione degli strumenti di difesa sociale che sia coerente, intelligente, strategica, e che appaia dunque idonea a contrastare le scelte di criminalità organizzata che rendono imprevedibile ed articolato il loro attacco quotidiano ai beni della collettività.

L'ultimo errore che si potrebbe compiere è quello di pensare all'art. 41-*bis* come ad una misura ad applicazione meramente individuale, la cui sorte venga strettamente a legarsi al comportamento personale ed intramurario del detenuto. Il regime speciale in realtà si applica ai singoli, ma trova la sua ragion d'essere nell'organizzazione. Nella capacità della stessa di rendersi protagonista di scelte criminali, e prima ancora nella capacità di amministrare uomini, mezzi, risorse, rapporti con la politica, l'economia e le istituzioni. È fin troppo evidente come questa misura in tanto potrà conseguire l'effetto sperato, in quanto sia idonea a raggiungere tutti coloro che stanno effettivamente al vertice della compagine criminale. Nella dimensione dell'organizzazione criminale cosa nostra si trova a dovere fronteggiare una fase nella quale i suoi leader storici sono pressoché tutti detenuti. Senza l'istituto di cui all'art. 41-*bis*, la detenzione dei capi non avrebbe prodotto alcun nocumento per la dimensione organizzativa della compagine, poiché, come avviene per ogni altro soggetto collettivo, sarebbe appena sufficiente che i manager comunicino le decisioni relative alle grandi linee di gestione, perché i quadri siano posti nella condizione di darvi esecuzione. Ma l'assenza di personaggi all'esterno che siano capaci di assumere quel ruolo di guida delle strategie di intervento rende indispensabile l'art. 41-*bis*, se lo Stato vuol nutrire qualche speranza di sconfiggere la mafia.

Oggi cosa nostra conta di minor consenso nella opinione pubblica rispetto a quanto potesse riscuoterne tempo addietro, ma continua a generare condizioni di omertà e può contare su importanti risorse economiche accumulate in decenni di esercizio di attività illecite. Controlla attività imprenditoriali, foraggiate attraverso il reimpiego di capitali illeciti, ed è pronta ad infiltrare l'economia sana, creando nuove collusioni rispetto a quelle tradizionalmente mantenute sul piano politico istituzionale, che appaiono anzi consolidate e rinnovate. In questo contesto, anche imprenditoriale, essa è costretta ogni giorno a compiere scelte, a valutare alleanze, a preferire le attività più redditizie e meno rischiose, ma anche a trovare soluzioni adeguate per risolvere conflitti interni e concorrenza all'esterno.

La posizione dello Stato nei confronti dell'art. 41-*bis* deve essere la risul-

tante di una comunicazione strategica tra gli organi chiamati a svolgere una funzione istituzionale. Essa deve sapersi tradurre in una impostazione che guardi al fenomeno criminale mafioso nel suo insieme e che sappia tradurre le esigenze di prevenzione esterna in scelte di prevenzione penitenziaria; deve promuovere la cultura della condivisione delle conoscenze e della responsabilità, superando così la frammentazione normativa delle competenze e le inerzie della politica. A quanti, tra i giuristi, parlare di strategia fa storcere il naso, va ricordato che è la mafia ad attaccare in modo multiforme la legalità e le Istituzioni, e a queste ultime spetta solo difendersi con strumenti che abbiano altrettanta flessibilità d'azione ed ampiezza di vedute. Spezzettare le conoscenze, i processi, la ricostruzione degli eventi è un modo di negare l'esistenza del fenomeno mafioso, promovendone il rilancio.

10. *La posizione di cosa nostra sull'art. 41-bis.* – Anche rispetto ai temi dell'art. 41-*bis* e dell'ergastolo cosa nostra ha una sua posizione, e non potrebbe essere altrimenti. Non riconoscerlo sarebbe miope e fuorviante per chi opera nelle Istituzioni. L'organizzazione mafiosa riconosce la propria necessità di essere guidata e sa che le uniche persone capaci di garantire una guida unitaria sono ristrette ai sensi dell'art. 41-*bis*. Questo argomento risulta idoneo a far sì che si mantenga una strategia unitaria tra i boss detenuti e coloro i quali reggono all'esterno le fila della compagine; detta strategia conosce momenti distinti.

Non v'è dubbio che l'organizzazione intenda in primo luogo estendere a sé i vantaggi del dibattito, autonomamente sorto, sul carcere, il trattamento e le condizioni di vita dei detenuti. È un dato inconfutabile che l'inopportuna estensione dell'area del penalmente rilevante, la lunghezza dei processi e la presenza di carcerazioni di massa e di flusso per reati minori (35000 persone ogni anno vengono ristretti per periodi inferiori a 30 giorni!) hanno fatto del carcere un luogo di raccolta di disagiati, di extracomunitari e di poveri, rispetto ai quali l'esigenza di sicurezza passa più che altro da una risposta in termini di bisogni e di accoglienza. Ma proprio in un universo penitenziario caratterizzato da povertà e disagio deve rimanere marcatamente distinta la risposta che lo Stato dà alla criminalità organizzata, per la quale il tentativo di cavalcare le tematiche garantiste costituisce più che una scelta una vera e propria strategia necessitata. Utilizzare per la criminalità organizzata gli argomenti che valgono per quanti conoscono il carcere provenendo dagli stati più infimi della società è il più grande regalo che si può fare a cosa nostra. Far cadere la distinzione del regime speciale e dell'alta sicurezza, ci riporterebbe infatti a sce-

nari già conosciuti: il carcere come "contenitore indifferenziato", ove tutti sono uguali – e tutti devono essere trattati allo stesso modo – rappresenterebbe l'art. 3 della Costituzione capovolto; un mostro che a fatica cerchiamo di metterci dietro le spalle, e che ha caratterizzato la storia monotona dell'universo penitenziario dalle origini sino a qualche anno or sono. Un carcere in cui si sfrutta, si sottomette, si recluta la povertà, e dove la mafia comanda. Un carcere che riproduce ed amplifica le disuguaglianze presenti nella società, e dunque forte solo con i deboli e inevitabilmente debole con i forti.

Ma al di là del tentativo di cavalcare istanze garantiste che muovono da nobili premesse, cosa nostra ha pure compiuto in proprio passi per liberarsi dell'istituto di cui all'art. 41-*bis* e di ogni intralcio che le impedisca il pieno governo delle attività criminali: dal famoso papello, ai proclami letti alle udienze, agli "avvertimenti" verso soggetti ritenuti interlocutori politici, è stato tentato ogni tipo di approccio diretto nei riguardi delle Istituzioni, per venire a capo di una situazione divenuta non più sostenibile: la prospettiva del carcere a vita trascorso senza collegamenti con l'esterno. La credibilità delle Istituzioni, la tenuta e la serietà del loro impegno nel contrasto alla criminalità organizzata, stanno tutte nella capacità di sapere offrire una risposta netta che riconosca questa insidia ricusando ogni forma di dialogo e privilegiando una visione di insieme del fenomeno criminale mafioso, che è l'unica prospettiva possibile per chi voglia davvero contrastarne gli effetti. A volte si commette l'errore di ritenere che i condannati per mafia e la mafia siano due cose diverse, che le situazioni individuali si distinguano dalle vicende dell'organizzazione. Ed invece avviene esattamente il contrario, perché la mafia è fatta di uomini, e una moltitudine di uomini organizzata, con uno stile di vita illegale, risorse economiche ingenti e rapporti con la politica e l'economia, ha la pretesa di diventare un "potere" e di avanzare richieste alle Istituzioni. E quando le Istituzioni non danno le risposte nette e chiare che la legge impone, la organizzazione ne esce fortificata. Cosa nostra vive anche delle incertezze, delle debolezze, degli accomodamenti, della mancanza di attenzione delle Istituzioni. Oggi meno di ieri, tuttavia vi è ancora chi minimizza, chi dimentica, chi contrasta l'azione dello Stato contro i poteri criminali.

Il regime previsto dall'art. 41-*bis* non è un sistema penitenziario ideale, ma è un sistema indispensabile, come indispensabile è sapere che cosa nostra opera strategicamente per la sua attenuazione, se non riesce ad ottenerne la abolizione. Queste consapevolezze appaiono necessarie tanto quanto lo sono i principi fissati dalla Corte Costituzionale, che sanciscono i confini dell'an e del *quantum* rispetto alle singole misure da adottare, e che attribuiscono al

regime una funzione di prevenzione, dentro la quale solamente può giustificarsi l'aggravamento della ordinaria condizione detentiva. L'art. 41-*bis* non è una risposta ad un male compiuto, non una "vendetta dello Stato" contro la mafia, come scioccamente ha titolato qualche mese fa un quotidiano spagnolo, travisandone del tutto il significato e la funzione. È invece esattamente l'opposto, è il tentativo di sconfiggere un male presente e di impedire un male futuro. Solo difendendone la funzione di prevenzione potrà salvaguardarsi il contrasto alla mafia e al terrorismo nel rispetto dei principi costituzionali.

prof. MASSIMO PAVARINI
Università di Bologna

1. "*Sidgraves, ...e chi era costui?*" – Il Giudice federale di Los Angeles, D.D. Sidgraves, in data 11 settembre 2007, al termine del processo di opposizione al provvedimento di espulsione dell'italiano Rosario Gambino, detenuto nel centro per immigrati di San Pedro, in California, dopo avere interamente espriato una condanna a 22 anni di detenzione per traffico di droga, accogliendo le tesi difensive dell'avvocato Joseph Sandoval, sentenza che l'interessato non debba essere espulso in Italia, il cui governo già dal 2001 ha formalmente richiesto l'estradizione (peraltro respinta perché per gli stessi fatti, già giudicato ed assolto dalla Corte Distrettuale di New York) in quanto – essendo stato condannato in contumacia anche per reati di associazione mafiosa nel nostro paese – verrebbe con ogni probabilità sottoposto al regime dell'art. 41-*bis* comma 2° dell'ordinamento penitenziario, «... designed to physically and psychologically compels criminals to reveal informations about the Sicilian Mafia», e stante che questa modalità di «... coercion is not related to any lawfully imposed sanction or punishment», deve essere considerata illegale ed inoltre, in quanto coercizione fisica e psichica, considerata come una «torture», in palese violazione della Convenzione dell'Onu in materia.

"Da che parte vien la predica" è il vessillo immediatamente issato da eserciti di connazionali indignati! Dispiace ricordare che così agendo questi hanno dimenticato che negli USA della pena di morte, della "tortura accettabile" e del carcere degli orrori di Guantanamo, il giudice è libero di decidere a prescindere dalle opinioni politiche del Presidente in carica.

E così, invece di guardare la stella indicata, ancora una volta ci si limita a guardare il dito!

Le tesi difensive del giovane avvocato Joseph Sandoval – con cui ho avviato

da subito una interessante corrispondenza elettronica – mi sembra fossero ben argomentate. Ha chiamato a testimoniare, in primis, un agente della CIA “informato” delle faccende giudiziarie e penitenziarie del nostro Paese, il quale ha spiegato il sistema della differenziazione trattamentale riservata agli imputati e condannati per reati presuntivi di associazione mafiosa, valutando come assai consistente l’eventualità che il Gambino, una volta espulso in Italia, finisse incarcerato e sottoposto al regime di cui all’art. 41-*bis* dell’Ordinamento penitenziario. Come secondo testimone, è stato sentito il Prof. Cherif Bassouni – premio Nobel per la pace nel 1999, emerito di Diritto penale internazionale, Presidente onorario dell’Associazione internazionale di diritto penale e dell’Osservatorio permanente sulla criminalità organizzata, sovente presente in Italia, in quanto pure Presidente dell’Istituto internazionale di studi in scienze criminali di Siracusa e buon conoscitore della nostra legislazione – che non ha avuto remora alcuna ad inquadrare il regime di cui all’art. 41-*bis* comma 2° della legge penitenziaria all’interno di una logica di forte differenziazione trattamentale volta, da un lato, a suscitare comportamenti collaborativi tra i detenuti affiliati alle diverse mafie, e, dall’altro lato, a determinare una sorte di penalità atipica e pertanto illegale, perché derogativa in via amministrativa di quella ordinaria. Infine ha testimoniato un medico legale, che ha scientificamente confermato come il regime di elevata sicurezza quale quello in vigore in Italia per gli imputati e condannati per reati di mafia determini, soprattutto se protratto nel tempo, seri problemi di salute fisica e psichica in chi è costretto a subirlo.

Ergo: il nostro giudice federale di Los Angeles, si è opposto al provvedimento amministrativo di espulsione in Italia di Rosario Gambino, perché altrimenti questi avrebbe corso il pericolo di subire in Italia una pena sia “illegale”, sia in violazione della Convenzione delle Nazioni Unite, perché segnata da pratiche trattamentali capaci anche di «minacciarne la vita».

Va precisato che questo riferimento esplicito alla Convenzione internazionale contro la tortura nei procedimenti giurisdizionali intentati contro i provvedimenti di espulsione negli USA è raramente accolto dalla giurisprudenza: nel 2006 le Immigration Courts su 15.905 sentenze lo hanno recepito solo 578 volte e esclusivamente nei confronti di espulsioni in paesi dittatoriali, o definiti come “nemici” dagli Stati Uniti.

Le posizioni ufficiali sul fronte governativo italiano di contestazione alla sentenza in oggetto sono state due: in Italia non è prevista dalla legge penitenziaria alcuna forma di tortura; il regime di cui all’art. 41-*bis* è stato ripetutamente legittimato dal vaglio della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti umani.

Linea di difesa, direi, tanto obbligata quanto debole, perché parzialmente menzognera per quanto concerne la Corte europea; per quanto riguarda poi il negare che in Italia esistano pratiche legali di tortura, non assicura più di tanto perché ovunque le violazioni dei diritti umani si danno principalmente al di fuori della legalità. Quanto poi alla circostanza che sia una giurisdizione interna di legittimità delle leggi ad affermare la piena validità di una disciplina normativa, di per se non può rappresentare un dato risolutivo, soprattutto per un osservatore esterno.

Rimangono, e pesano, i rilievi critici che questo “Carneade californiano” ha rivolto nei confronti di un istituto principe della legge penitenziaria italiana.

Dobbiamo abbandonare ridicole difese d’ufficio ed entrare nel merito delle questioni sollevate.

2. *Istruttiva storia di un istituto che viene da lontano.* – Il comma 2 dell’art. 41-*bis* dell’ordinamento penitenziario è stato introdotto dall’art. 19 del d.l. n. 306 del 1992, convertito poi dalla legge n. 356 del 1992, quindi in piena emergenza mafiosa, sotto gli auspici – più ipocriti che imprudenti – della temporaneità; regime penitenziario poi protrattosi attraverso ripetute proroghe per dieci anni, cioè fino al dicembre del 2002, quando la legge n. 279 del 2002 lo ha messo a regime definitivamente.

Attraverso questo istituto viene introdotta nel nostro ordinamento una nuova ipotesi di differenziazione, agibile su impulso del Ministro della giustizia nei confronti di singoli detenuti – condannati, imputati o internati – per taluno dei delitti di cui all’art. 4-*bis* comma 1, primo periodo, dell’ordinamento penitenziario, quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica.

La finalità manifesta di politica criminale di questa disciplina è chiara: il presupposto del provvedimento è la rilevanza data ad una valutazione di pericolosità “esterna” al carcere – e in questo solo si differenzia dalla sorveglianza particolare di cui agli artt. 14-*bis* e seguenti della legge penitenziaria; la misura è finalizzata ad impedire i collegamenti tra il detenuto con l’associazione criminale, terroristica o eversiva di cui si sospetta o di cui è stata accertata l’affiliazione.

Impossibile negare l’evidenza: alcuni affiliati di rango alla criminalità di stampo mafioso da sempre hanno continuato, anche se in carcere, a mantenere contatti e in alcuni casi anche a comandare l’associazione criminale esterna. Ragionevole quindi quel provvedimento che sospenda in tutto o in parte l’applicazione delle regole ordinarie di trattamento ogni qual volta si sospetti che esse non siano in grado di garantire, con riferimento a quel determinato dete-

nuto, la necessaria separatezza. Così, questa disciplina è stata da sempre giustificata per ragioni prudenziali, quanto applicata con altrettanta prudenza: dal 1992 al 1998 ha interessato mediamente 450-500 detenuti all'anno; dal 1999 al 2004 circa 600 e dal 2005 ad oggi intorno ai 500 (l'ultimo dato offerto dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, specifica: 185 affiliati a Cosa nostra, 138 alla Camorra, 97 all'Ndrangheta e 47 alla Sacra Corona Unita). Percentualmente, quindi, meno del 1% della popolazione detenuta annua.

La finalità manifesta dell'istituto è però assai poco espressiva, nel senso che è reticente su diversi aspetti: non ci dice, ad esempio, che la sospensione di alcune regole trattamentali non è sempre giustificabile perché effettivamente capace di impedire le "relazioni pericolose" del detenuto con l'organizzazione, ma semplicemente perché rende più "dura" l'esecuzione, nel senso che aumenta significativamente la sofferenza della pena; tace sulla diffusissima prassi di reiterazione del provvedimento per un numero di anni così elevato – fino a 10, 15 anni – da non rendere credibile la permanenza di significativi e quindi pericolosi rapporti tra il detenuto e l'organizzazione criminale esterna; e soprattutto tace su un distinto e decisivo profilo: questo regime non si applica e se in corso viene immediatamente sospeso nei confronti di chi, in quanto collaboratore di giustizia, ai sensi dell'art. 16-*bis* della legge n. 82/1991, così come introdotto dalla legge n. 45 del 2001, può essere "premiato" con qualsiasi beneficio penitenziario, inclusa la liberazione condizionale, anche in deroga alle disposizioni ordinarie, comprese quelle relative ai limiti di pena. Vale a dire: il regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 dell'ordinamento penitenziario si contrappone specularmente, ma con segno opposto, al regime di premialità per il collaboratore mafioso: da un lato un'offerta sostanzialmente indulgenziale, fino al limite di una mal dissimulata rinuncia a punire, a fronte di forme estreme di sofferenza (che vanno ben oltre a quelle giudizialmente comminate dal giudice del fatto, per quanto concerne i condannati e a quelle altrimenti giustificabili per chi deve essere ancora presunto innocente).

Da qui il dubbio: premialità estrema e carcere duro sono estremi ritenuti necessari all'implementazione di una sorte di "soave inquisizione" (per usare l'espressione felice di Tullio Padovani), capace di "sciogliere le lingue"?

Non ritengo che sollevare questo interrogativo sia frutto di una lettura preconcetta della riforma penitenziaria del 1992. Penso, al contrario, che si debba così intendere lo spirito della differenziazione trattamentale per ragioni di pericolosità sociale alla luce di un processo di riforma penitenziaria che parte da più lontano nel tempo, esattamente dal 1977, con i primi decreti attuativi dell'art. 90 dell'ordinamento penitenziario. Allora e praticamente fino alla

legge Gozzini del 1986, l'emergenza era costituita dal fenomeno del terrorismo e delle sue pesanti ricadute sul sistema penitenziario. Si tenga presente che tra la fine degli anni settanta e i primi anni ottanta del secolo scorso si potevano contare in carcere alcune migliaia di giovani terroristi condannati a pene elevatissime. In poco più di un decennio questa emergenza si è risolta felicemente attraverso anche la differenziazione trattamentale: apertura di credito premiale nei confronti di chi dichiarava di dissociarsi dalla lotta armata e ancor più nei confronti di chi, "pentendosi", si prestava a chiamate di correttezza; carcere duro per la minoranza degli "irriducibili". Appunto dopo un decennio, con la riforma Gozzini del 1986, nelle carceri di massima sicurezza rimanevano solo alcune centinaia di terroristi; per le altre migliaia di ex si erano o definitivamente aperte le porte del carcere, o stavano per aprirsi. E coerentemente con ciò, la Gozzini chiuse con l'art. 90, abrogandolo.

È fin troppo banale riconoscere che la stagione del terrorismo non è stata vinta dallo Stato legale attraverso l'art. 90 e la premialità; ma è irrealistico negare che la differenziazione per ragioni di pericolosità non abbia aiutato, rendendo se mai solo più spedito, il processo di uscita dall'emergenza terroristica degli anni settanta. Questo è il precedente storico che ispira, nel 1992, l'introduzione del secondo comma dell'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Ora, con i primi anni novanta, l'emergenza è di ben altra natura e pericolosità, ma si confida che quanto risultato utile venti anni prima, possa ancora servire, se mai, ulteriormente divaricando la forbice della differenziazione trattamentale. Alle spalle oggi abbiamo tre lustri di applicazione del regime di differenziazione nei confronti della criminalità organizzata di stampo mafioso. Non possiamo certo convenire di avere sconfitto il crimine organizzato in Italia; anche se questa finalità non era neppure nelle più utopiche delle speranze.

La questione è altra: il regime di differenziazione trattamentale per i mafiosi è stato di una qualche utilità nella lotta alla criminalità organizzata e se sì, lo è ancora oggi?

Risposte difficili da dare, ma a cui non voglio sottrarmi, riservandomi per esse la parte terminale di questo breve intervento. Comunque risposte di efficienza ed efficacia che per quanto decisive a livello di politica criminale, lasciano impregiudicate le altre questioni, quelle che hanno giustamente interessato il nostro giudice californiano e che vorrei qui di seguito brevemente trattare.

3. *Una "scomoda" presenza.* – Sulla legittimità costituzionale della disciplina di cui all'art 41-*bis* comma 2 dell'ordinamento penitenziario si sono da

sempre addensate fosche nubi, in effetti mai definitivamente fugate da rimaneggiamenti riformistici e da interventi della Corte costituzionale.

Le critiche, e da subito, si sono concentrate su plurimi profili: da un lato, la carenza di garanzia giurisdizionale, perché questo regime è comunque determinato nei suoi contenuti specifici da un provvedimento amministrativo, sia pure reclamabile di fronte al Tribunale di sorveglianza, anche dopo la riforma apportata dalla legge 279/2002 che ha indicato, per quanto non tassativamente, quali regole trattamentali possono essere sospese; l'esecuzione della pena in regime di 41-*bis* comma 2° può, poi, violare – nei confronti del condannato – le finalità di prevenzione speciale positiva di cui all'art. 27 comma 3 della Costituzione, mentre – per il non definitivo – la presunzione di non colpevolezza, essendo imposta su di un titolo di reato del quale il detenuto deve presumersi innocente.

Sappiamo come la Corte costituzionale abbia sempre respinto come manifestamente infondata qualsiasi questione di costituzionalità che abbia investito "pericolosamente" l'intera disciplina della differenziazione trattamentale per ragioni di pericolosità esterna [tra le molte, cfr., la n. 390 del 2002, le nn. 108 e 417 del 2004]; non diversamente, ai sui tempi, la stessa Corte si era atteggiata nei confronti delle numerose eccezioni di incostituzionalità di cui era stato investito l'art. 90 dell'ordinamento penitenziario.

L'intervento censorio o interpretativo della Corte costituzionale è invece sempre stato sul dettaglio, nel consapevole intento di smussare solo i profili più indifendibili alla critica costituzionale: così con le sentenze nn. 349 e 410 del 1993, la Consulta ha dapprima indicato la necessità di consentire un sindacato sul decreto ministeriale da parte della magistratura ordinaria, poi ha precisato che questo dovesse avvenire nelle forme del reclamo al Tribunale di sorveglianza così come disciplinato dall'art. 14ter dell'ordinamento penitenziario; con la sentenza 351/1996 ha affermato che il sindacato del Tribunale di sorveglianza non debba limitarsi a quello di sola legittimità privo di poteri integrativi, ma possa concernere tanto il rispetto della libertà personale e della finalità rieducativa della pena, quanto la congruità delle misure adottate rispetto alle esigenze concrete di ordine e di sicurezza da proteggere, conseguendone che il controllo possa estendersi anche alle singole misure disposte; con le sentenze nn. 410/1993, 351/1996 e 376/1997 la Corte di legittimità delle leggi ha suggerito l'interpretazione conforme al dettato costituzionale della sospensione delle regole di trattamento, affermando che la sottoposizione al trattamento differenziato per ragioni di pericolosità sociale debba essere applicato e prorogato mediante provvedimenti "concretamente motivati", in

relazione alle specifiche esigenze che ne costituiscono il presupposto e nei soli limiti che lo rendono indispensabile.

Più severo il giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo. Con sentenza 30 ottobre 2003 (Ganci/cItalia), e più recentemente – ma nello stesso senso – con sentenza del 11 gennaio 2005 (Musumeci c/Italia), ha riconosciuto che i termini di giorni dieci per il reclamo contro il decreto ministeriale violano il diritto del ricorrente, di cui all'art. 6 comma 1 della Convenzione, in quanto la controversia non può essere, in così limitato tempo, esaminata in modo equo da una giurisdizione imparziale ed indipendente. In passato, prima dell'entrata in vigore della legge n. 95/2004 – che ha introdotto una certa regolamentazione del controllo sulla corrispondenza di detenuti ed internati – la Corte europea, alla unanimità, aveva dichiarato la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, in quanto l'art. 18 dell'ordinamento penitenziario non disciplinava allora né la durata delle misure di controllo, né i motivi che potevano giustificarle, né indicava con chiarezza le modalità di esercizio del potere di valutazione delle competenti autorità.

Le riforme poi susseguitesesi con la legge 23 dicembre 2002, n. 279 e con la legge del 8 aprile 2004, n. 95 per quanto abbiano sia recepito alcuni dei suggerimenti interpretativi offerti dalla Corte costituzionale, sia cercato di porre rimedio alle censure avanzate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sostanzialmente hanno mancato l'obiettivo – per la verità troppo ambizioso – di rendere immune da qualsiasi censura costituzionale il regime della differenziazione per ragioni di pericolosità sociale “esterna”.

Permane, infatti, la natura amministrativa del provvedimento di sospensione delle regole trattamentali e ciò in contrasto con gli artt. 13 e 15 della Costituzione che riservano solo all'atto motivato dell'autorità giudiziaria la legittimità ad adottare provvedimenti limitativi delle libertà fondamentali, quale quella personale ed epistolare; il decreto di sospensione, sebbene non più ad libitum del Ministro per quanto concerne i contenuti specifici, almeno dopo la legge di riforma n. 279/2002, determina in fase esecutiva una vera e propria pena “altra” da quella edittalmente prevista, in violazione del principio di stretta legalità; permangono poi forti perplessità di violazione del principio di presunzione di innocenza nei confronti del detenuto non definitivo, come di inflizione di una pena, al detenuto definitivo, contraria al senso di umanità; ed infine, le informazioni e i pareri che il Ministro di giustizia può acquisire prima del decreto sono sottratti al contraddittorio e ciò in dispregio del principio del giusto processo.

Se non proprio certezze, certo dubbi di incostituzionalità effettivamente

ancora permangono. Certamente sufficienti per fare sospettare che al fine socialmente condiviso di contrastare sempre più efficacemente la "piovra", si sia accettato di pagare il prezzo di qualche strappo alla legalità costituzionale. Insomma: come si preciserà meglio in seguito, in tema di lotta alla mafia l'ordinamento italiano parrebbe avere scelto di valicare i rigidi confini posti dal "diritto penale del cittadino", per avventurarsi verso i lidi di un "diritto penale di lotta", o meglio e di più: ha consapevolmente sconfinato in quelli estremi di un "diritto penale del nemico".

4. *Un prezzo, quindi, ragionevole da pagare?* – In buona sostanza per la politica (criminale) la questione è stata, rimane e rimarrà sempre la medesima: per quanto indigesto agli stomaci delicati dei garantisti, il regime della differenziazione trattamentale nei confronti dei mafiosi serve e quanto a contrastare quel fenomeno delinquenziale che, meglio tenerlo presente, controlla ancora un quarto del territorio nazionale e minaccia seriamente la stessa democrazia del nostro paese?

Se dovessi dare il giusto peso alla determinazione con cui le agenzie schierate in prima linea nella lotta al crimine organizzato hanno sostenuto l'adozione e poi il mantenimento del regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2° della legge penitenziaria, dovrei convenire che non se ne possa fare a meno. Anche prestando la dovuta attenzione alle posizioni di palese contrasto con cui le cupole delle grandi organizzazioni criminali hanno da sempre osteggiato questo regime, dovrei convincermi che esso sia un utile strumento in mano allo Stato, tanto da essere temuto dalle mafie.

Eppure, alcuni elementi non ritornano in questo quadro da "stato di necessità" di fronte al quale, vogliono convincerci, bisogna – sia pure obtorto collo – sacrificare qualche garanzia costituzionale.

In primo luogo, l'"effetto domino" non si è determinato, o per lo meno non nei termini sperati. Certo si fa qualche volta breccia nel muro impenetrabile dell'omertà mafiosa, ma non è dato assistere al determinarsi di una vera e propria valanga di vocazioni collaborative. Queste rimangono sempre una cifra contenuta; nel tempo poi tendono a diminuire sensibilmente, se si tiene in conto che una percentuale niente affatto trascurabile di mafiosi irriducibili in carcere rimangono sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2° per lunghi periodi; alcuni lo sono dal 1993.

Mi è stato fatto intelligentemente osservare [mi riferisco all'amico Sandro Margara, per breve tempo Direttore generale della Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria] che il fenomeno del "pentitismo mafioso" si eviden-

zia, prevalentemente, a ridosso immediato dell'ingresso in carcere; trascorsa questa prima fase, raramente il mafioso si converte in collaboratore per sfuggire al rigore del carcere duro. Come se la "carota" dei benefici riservati ai collaboratori convinca più del "bastone" del carcere duro, si decide da subito di collaborare per ottenere un vantaggio legalmente garantito, piuttosto che sfuggire ad una pena che si avverte sempre più come insopportabile. Di conseguenza: la maggioranza dei circa 500 differenziati oggi presenti nelle nostre carceri, lo sono da troppo tempo per sperare che possano ragionevolmente "pentirsi" in futuro.

Verrebbe quindi da pensare che, nei confronti di chi non ha deciso di collaborare e che probabilmente mai deciderà di farlo, il carcere duro serva effettivamente solo a ridurre il rischio che continui ad impartire ordini all'organizzazione criminale esterna. Ma questa è una preoccupazione ingenua: ben pochi dei mafiosi oggi differenziati, anzi pochissimi, hanno un profilo criminale così rilevante da potere condizionare una organizzazione criminale di stampo mafioso. La stragrande maggioranza sono semplici – anche se non per questo innocui – gregari del crimine organizzato. E se mai non erano solo gregari quando erano in libertà, dopo solo pochi anni di detenzione le loro potenzialità di influenzare l'attività delinquenziale esterna debbono ritenersi irrimediabilmente compromesse. Infine, i pochissimi "pezzi da novanta" delle cupole finiti in carcere, sappiamo essere a loro volta differenziati rispetto a coloro che sono soggetti al regime dell'art. 41-*bis*; in una logica di "scatole cinesi" per questi pochi "pericolosissimi" la sospensione delle regole trattamentali è ancora più radicale, al punto da necessitare una detenzione in spazi carcerari speciali.

Insomma: a riflettere con pacatezza, non è facile convincerci dell'utile nella lotta alla criminalità organizzata di questi 500 mafiosi, progressivamente sempre più "lungodegenti delle patrie galere", e pertanto sempre meno pericolosi e sempre più afflitti da patologie da carcerizzazione, ma, nonostante ciò, puniti con tanta severità.

E, allora, perché questa severità smodata?

5. *Una sofferenza "gratuita"?* – Sappiamo che con la riforma del 2002 si è provveduto a riscrivere l'art. 41-*bis* comma 2°, soprattutto con il comma 2quater, attraverso il quale è stato determinato, per quanto non tassativamente, il contenuto del provvedimento di sospensione delle regole di trattamento. Esso può concernere "solo" i seguenti profili trattamentali: l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, cioè tecnicamente di prevenzione

situazionale; la determinazione e la disciplina dei colloqui; le somme di denaro, i beni ed altri oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti; la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza; le limitazioni della permanenza all'aperto, cioè la disciplina dell'"ora d'aria".

Non dubito che questi profili trattamentali siano quelli obiettivamente più a rischio, nel senso che se non disciplinati in termini restrittivi rendono più agevole al detenuto mafioso sfruttare l'opportunità di comunicare con l'esterno. Ma dalle testimonianze che abbiamo, ad alcune delle quali dobbiamo prestare fede, il regime del carcere duro per i mafiosi non si limita affatto solo a queste privazioni e restrizioni "pesanti", ma "ragionevoli".

Dalle visite condotte nelle carceri italiane dal Comitato europeo contro la tortura, apprendiamo di altre limitazioni di diritti che sfuggono a qualsiasi razionalità securitaria: le celle dei differenziati sono risultate assai impersonali (pochi effetti personali, nessuna fotografia appesa alle pareti, nessun apparecchio elettrico/elettronico ad eccezione di un televisore), come disabitate, cosa assai rara nei casi di persone sottoposte a pene di detenzione di lunga durata; i detenuti differenziati non hanno diritto di lavorare, tranne coloro che a rotazione assicurano la distribuzione dei pasti e delle pulizie; nelle sezioni dove sono ristretti coloro che sono sottoposti al regime del carcere duro non risulta autorizzata alcuna attività culturale o socio-educativa, sia essa di tipo individuale o di gruppo; l'accesso alla biblioteca o alla cappella è interdetto, così come ai campi sportivi all'aperto; sono state riscontrate limitazioni nel numero dei libri che possono essere richiesti alla biblioteca; i detenuti differenziati vengono trasferiti con straordinaria frequenza con rischi nefasti sul loro benessere psico-fisico e con la difficoltà di mantenere i contatti con i familiari e con i loro difensori; alcuni sottoposti al regime del 41-*bis* risultano siano stati anche puniti con l'isolamento cellulare ed infatti sugli stessi sono stati riscontrati disturbi dell'ideazione e della comunicazione che possono essere considerati come effetti secondari della privazione socio-relazionale conseguenziale allo stato di isolamento prolungato; in altre ipotesi e più recentemente è dato assistere all'inflizione del regime della sorveglianza particolare ex artt. 14-*bis* e seguenti nei confronti di detenuti sottoposti al regime di differenziazione ex art. 41-*bis* comma 2°.

Le osservazioni avanzate al governo dal Comitato europeo contro la tortura in più parti poi esplicitano dubbi che alcune modalità trattamentali riservate ai sospetti mafiosi in carcere possano configurare ipotesi di trattamenti contrari al senso di umanità.

La questione, almeno politicamente, mi sembra di nodale importanza: non si tratta solo di constatare la violazione di alcune garanzie costituzionali, ma di non potere neppure e sempre giustificare questa violazione in chiave utilitaristica di lotta al crimine organizzato. Esiste quindi un sorte di eccesso punitivo che sembrerebbe non trovare facile e immediata giustificazione.

6. *Guerra alla mafia e il “diritto penale del nemico”*. – Sì, ne sono convinto: siamo in presenza di un eccesso punitivo “simbolico”, nel senso che alla dichiarazione della “guerra alle mafie” consegue a livello di sistema di giustizia penale l’urgenza di dare rappresentazione dei nemici mafiosi come “non-persone”: essi devono essere trattati come “nude vite”.

A persuadermi di ciò, anche l’influenza delle acute osservazioni dell’amico Massimo Donini. Questi, nel tentativo ultimo, per me infruttuoso di distinguere almeno concettualmente un “diritto penale di lotta”, e pertanto ancora legittimo, da un “diritto penale del nemico”, come tale inaccettabile in una prospettiva costituzionale [vedi il suo lungo ed articolato saggio in “Studi sulla questione criminale”, 2007, n. 2, pp. 55-88], riconosce esplicitamente che i regimi detentivi differenziati appartengono ad un diritto penale d’autore e quindi del nemico. E lo sono perché violano i tre principi su cui si fonda il “diritto penale del cittadino” o diritto penale delle garanzie: la centralità assoluta del “fatto”, non sostituibile da quella dell’“autore”; la funzione rieducativa della pena o comunque la permanenza di una finalità mai radicalmente escludente; ed infine la terzietà del giudice.

La disciplina della differenziazione trattamentale per ragioni di pericolosità è, né altrimenti potrebbe essere, esempio quasi “manualistico” di diritto penale d’autore; la finalità apparente perseguita è della “innocuizzazione” di soggetti altamente pericolosi, quindi di prevenzione speciale negativa; si segna poi per carenza di giurisdizione, dove la decisione di provvedere e il contenuto del provvedimento di sospensione delle regole trattamentali sono del potere politico che agisce in una prospettiva di ostilità dichiarata nei confronti dei mafiosi.

Ci troviamo quindi di fronte ad un “diritto penale del nemico”, cioè di quel diritto che non si applica alle persone, ma solo alle “nude vite”, a coloro che non potendo dare alcuna «certezza cognitiva del proprio comportamento futuro» – per tradurre letteralmente le parole di G. Jakobs – sono solo *hostes*. E contro i nemici a valere è la logica della guerra: un diritto quindi della neutralizzazione selettiva e del controllo sociale tecnocratico.

Ma come ci insegna Agamben, quando si devono amministrare “nude

vite", la scelta tecnocratica del campo di concentramento rischia sempre di trasformarsi in quella ottusamente primitiva del campo di sterminio. Come dire che l'"olocausto" è una eventualità, sia pure residuale, a cui non possiamo sottrarci, che permane attigua e prossima alla giustizia penale. Ed è questa la ragione di fondo che consente ai critici di negare che il "diritto penale del nemico" possa mai essere riconosciuto come diritto penale.

Un diritto penale di guerra, cioè un diritto penale che dichiara guerra al crimine o meglio a determinanti criminali, corre sempre il rischio di liberare la giustificazione del suo agire da ogni solido ancoraggio a rigorose valutazioni utilitaristiche. La giustificazione del diritto del nemico ritorna così a quella fase che precedette la rottura imposta dalla modernità, cioè ad una penalità liberata nei suoi contenuti e nelle sue forme da ogni vincolo razionale e da ogni serio intento di parsimonia punitiva. Assistiamo quindi ad una specie di regresso ad una pena fondamentalista, dove prende il sopravvento il vecchio abito antieconomico dell'ostentazione e della dissipazione del potere punitivo. E così si punisce oltre le necessità utilitaristiche di prevenzione.

Antologia

