

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/07/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37256-proroga-del-41-bis-e-finalit-preventiva-del-regime-detentivo-speciale>

Autore: Salvemini Alessandro

Proroga del 41 bis e finalità preventiva del regime detentivo speciale.

Alessandro Salvemini¹

Proroga del 41 bis e finalità preventiva del regime detentivo speciale.

La diffusa e consolidata diffidenza di gran parte della dottrina sul regime detentivo speciale, unita a pregiudizi e preoccupazioni garantistiche spesso immotivate, hanno alimentato un serrato dibattito sul 41 bis, sul quale gravavano e gravano continue accuse e sospetti di illegittimità costituzionale. Frequentissimo è stato, nel tempo, il ricorso alla Corte Costituzionale, che si è pronunciata più volte sulla materia, attraverso una serie di sentenze, tutte interpretative di rigetto, e da ultimo con alcune ordinanze di inammissibilità su questioni promosse dal Tribunale di Sorveglianza di Roma (oggi giudice a competenza esclusiva sul territorio nazionale in tema di reclami avverso i decreti ministeriali).

Nella presente, breve disamina v'è spazio per soffermarsi solo su una piccola parte delle numerosissime pronunce. In estrema sintesi può affermarsi che esse hanno, per un verso, confermato la compatibilità sostanziale della norma impugnata con i principi della Costituzione e, per altro verso, delineato la cornice di riferimento costituzionale entro il quale i singoli provvedimenti ministeriali di applicazione del regime speciale devono inserirsi per non esporsi a censure di illegittimità. Si può affermare che dalle pronunce della Corte è possibile desumere una sorta di “regolamento” di applicazione del regime preventivo, un insieme di linee guida preziosissime per i soggetti che, a vario titolo, intervengono nei procedimenti di adozione ed applicazione dei provvedimenti.

Già il legislatore del 2002 aveva introdotto modifiche all'art. 41 bis tali da comportare una significativa riformulazione dei presupposti applicativi, di proroga e di impugnazione del relativo decreto di applicazione.

In pari, se non in maggiore misura, ha inciso la legge 94/2009.

Viene specificata (e in seguito modificata) la durata della sospensione² delle ordinarie regole trattamentali, viene codificato l'iter istruttorio, con indicazione delle autorità che devono essere “sentite” (pubblico ministero che conduce le indagini preliminari, ovvero, nel caso nel quale il processo si trovi in fase di udienza preliminare o di giudizio, quello presso il giudice che procede), e degli organi ai quali devono essere richieste le «necessarie informazioni»³.

¹ Commissario Capo del Corpo di Polizia penitenziaria.

² Con la legge del 2002 da uno a due anni la prima applicazione, con proroghe di durata non difforme dal primo provvedimento; con la legge del 2009 quattro anni la prima applicazione, con proroghe di durata biennale.

³ Cfr. art. 41 bis, comma 2 bis. Si tratta della Direzione nazionale antimafia, degli organi di polizia centrali e di quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva nell'ambito delle rispettive competenze.

Un delle novità più interessanti è tuttavia quella legata alla disciplina della proroga, una disciplina che già dal 2002 diviene autonoma ed i cui presupposti sono diversi da quelli della prima applicazione. I problemi che si erano presentati in giurisprudenza fino al 2002 non hanno più (o meglio non avrebbero dovuto avere più) ragion d'essere. La proroga può ora essere disposta «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato a mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno»⁴. La formula non è chiarissima ma sembrerebbe escludere che si esiga la prova positiva della ripresa di fatto dei collegamenti, essendo sufficiente che non vi sia prova positiva del venir meno della “capacità” del detenuto di mantenere contatti gli ambienti criminali esterni. Il legislatore ha individuato i parametri da cui desumere una prova siffatta sulla scorta della precedente elaborazione giurisprudenziale.

Questa nuova disciplina evidenzia la natura di misura di prevenzione del 41 bis, così come l'esclusione di ogni finalità sanzionatoria, ovvero disciplinare (a fini penitenziari), non essendo la misura collegata al comportamento intramurario del detenuto, bensì saldamente ancorata ad elementi esterni.

Come per ogni misura di prevenzione, gli elementi di prova richiesti hanno carattere indiziario e sono fondati essenzialmente sulla comprovata appartenenza del soggetto ad associazione di tipo mafioso (o terroristico ed eversivo), risultante dal titolo di detenzione e da eventuali procedimenti pendenti; per la proroga, in particolare, gli indizi sono rinvenibili – ora secondo il dettato normativo – nella perdurante operatività e pericolosità della cosca di riferimento e nella mancanza di elementi positivi che facciano ragionevolmente ritenere che la capacità di mantenere quei collegamenti sia comunque venuta meno. È importante osservare come il legislatore non abbia posto l'accento sull'esistenza attuale dei collegamenti, bensì sulla “capacità” (potenziale ed eventuale) di mantenerli ed intrattenerli. La differenza non è di poco momento, atteso che un conto è provare la sussistenza dei collegamenti (richiesta per la prima applicazione), un altro conto è fornire la prova (sempre indiziaria) di quelle circostanze soggettive ed oggettive indicative che la potenziale “capacità” del detenuto di mantenere tali collegamenti non sia venuta meno⁵.

Tale interpretazione è stata confermata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che, chiamata a pronunciarsi sulla formulazione della norma, come modificata nel 2002, l'ha ritenuta conforme a Costituzione. Secondo la Corte occorre che la proroga sia adeguatamente motivata «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

⁴ Cfr. art. 41 bis, comma 2 bis.

⁵ A titolo esemplificativo, si segnala che sono circostanze soggettive la permanenza del detenuto nel ruolo verticistico dell'organizzazione, la sua influenza interna ed esterna; sono circostanze oggettive la permanente operatività della cosca, il suo ruolo nel territorio, la presenza di latitanti nella medesima organizzazione, l'esistenza di indagini, ecc.

tenere contatti con le organizzazioni criminali», dovendo il giudice verificare « (...) – 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»⁶.

Non occorre dunque, quale requisito per la proroga del regime, un comportamento diretto e personale del detenuto; tantomeno la prova della commissione di reati durante la detenzione (come a volte è stato richiesto da qualche Tribunale di sorveglianza, vigente la disciplina del 2002). Non sono mancate, in passato, ordinanze nelle quali venisse utilizzato, per l'accoglimento del reclamo, il dato della mancanza di nuove denunce a carico del detenuto, come se per l'applicazione delle misure di prevenzione personali si esigesse la prova della commissione di veri e propri reati.

Con tale innovazione il legislatore ha recepito evidentemente le indicazioni promananti dalle indagini condotte da numerose Direzioni Distrettuali Antimafia, dalle dichiarazioni di molti collaboratori di giustizia, dai contenuti di operazioni tecniche di intercettazione, secondo le quali è ragionevole ritenere, attraverso una valutazione di carattere presuntivo (esente da vizi di illegittimità costituzionale), un criterio riconducibile all'area della prevenzione speciale, che consiste nel dedurre dalla commissione di determinati delitti di criminalità organizzata, terroristica ed eversiva, una presunzione di costante attualità dei collegamenti tra questa ed il singolo esponente di vertice delle stesse, con conseguente richiesta di specifica dimostrazione del venir meno della capacità di mantenere tali rapporti e collegamenti quale requisito idoneo a far ritenere cessata la pericolosità originaria e giustificare la revoca del regime detentivo in questione.

Il criterio adottato dal legislatore, quello cioè di ritenere presunta la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata (e dunque la pericolosità sociale) di particolari categorie di detenuti, lungi dall'essere frutto di una valutazione astratta e aprioristica, appare invece come la presa d'atto del risultato di indagini giudiziarie e di principi affermati in varie occasioni dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, secondo la quale lo status detentionis non comporta necessariamente l'interruzione dei vincoli associativi preesistenti, atteso che, anzi, la comune detenzione di esponenti di cosche diverse costituisce spesso premessa per ulteriori aggregazioni associative e gli ordinari sistemi di controllo vigenti per i detenuti "comuni" non valgono a prevenire scrupolosamente il flusso in entrata e in uscita di informazioni, direttive, messaggi e quant'altro sia utile ad assicurare la permanenza del detenuto mafioso nei ruoli ricoperti in precedenza.

⁶ Corte Cost., Ordinanza n. 417 del 2004, su <http://www.giurcost.org/decisioni/2004/0417o-04.html>.

Ma v'è di più. È ormai divenuto patrimonio comune di conoscenza investigativa, attraverso plurime e convergenti dichiarazioni di collaboratori, che esiste la tendenza delle organizzazioni criminali ad istituire presso ogni carcere una cellula dell'organizzazione di riferimento, ovvero una struttura associativa locale che riproduce quella esterna, con le sue gerarchie, le sue affiliazioni, i suoi passaggi di grado. Si può anzi affermare che la permanenza dei collegamenti è purtroppo la regola, mentre l'interruzione degli stessi costituisce l'eccezione.

Se tutto ciò risponde al vero, la disciplina introdotta nella legge 279/02, specificata e confermata dalla legge 94/2009, presenta singolari e significative analogie con quella relativa all'applicazione della custodia cautelare in carcere per i reati di associazione mafiosa di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., che trova fondamento nel medesimo bagaglio conoscitivo del fenomeno criminale di tipo associazionistico. Non v'è dubbio allora che la norma vigente stabilisca un meccanismo di proroga fondato sulla nozione di pericolosità presunta, «in maniera del tutto analoga al disposto dell'art. 275 c.p.p., che, subordinando la cessazione della custodia cautelare per gli appartenenti ad associazione mafiosa ad emersione di elementi positivi da cui desumere la non pericolosità, pone tale prova a carico dell'indagato. In definitiva, è possibile ritenere che la presunzione dell'art. 275 c.p.p. stia alla disciplina ordinaria della custodia cautelare come il regime 41 bis sta al regime di ordinaria detenzione. Analoghe appaiono infatti le finalità preventive delle due norme, simili i meccanismi presuntivi di operatività dei due regimi, medesimo il bagaglio di conoscenze dal quale attingere il profilo di pericolosità della consorterìa»⁷.

Non dissimile è il procedimento attraverso il quale, in materia di misure di prevenzione patrimoniale, il Tribunale dispone il sequestro dei beni, a condizione che, in capo al proposto venga dimostrata la disponibilità diretta o indiretta, la sproporzione rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, ovvero la probabile riconducibilità alle attività illecite di cui il proposto è indiziato. Tali elementi sono neutralizzati qualora il proposto fornisca la dimostrazione della provenienza lecita dei beni.

Si tratta, a ben vedere, in tutti e tre i casi esaminati, non già di un'inversione dell'onere della prova, ma di una ripartizione di detto onere, nel senso che all'obbligo dell'accusa (nel nostro caso il Ministro e le sue fonti informative) di fornire dimostrazione degli elementi richiesti (pericolosità, capacità di collegamento, operatività e pericolosità del gruppo di riferimento) si contrappone l'onere per il detenuto di fornire dimostrazione del venir meno degli elementi suddetti.

⁷ ARDITA S., *Il nuovo regime dell'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in Cassazione penale – Massimario n. 1/2003.

In breve, i problemi che il Tribunale di sorveglianza di Roma si trova oggi ad affrontare, in materia di proroga, sono sostanzialmente riconducibili proprio alla valutazione dell'attualità dei collegamenti tra detenuti ed ambienti esterni di criminalità organizzata.

Si è detto di come il legislatore del 2009 abbia inteso modificare radicalmente i presupposti di proroga del regime, presupposti che non erano disciplinati dalla norma e che erano stati indicati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, per sopperire ad una lacuna che avrebbe potuto minare la legittimità costituzionale dell'istituto. In particolare, la Corte aveva stabilito che «ogni provvedimento di proroga delle misure dovrà recare una autonoma, congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire: non possono ammettersi semplici proroghe immotivate del regime differenziato, né motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte»⁸.

In passato alcune ordinanze dei Tribunali di Sorveglianza, intervenute subito dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, non si fecero immediatamente carico dei problemi interpretativi posti dalle innovazioni introdotte in materia di proroga dalla nuova disciplina normativa in materia di 41 bis e continuarono, in molti casi, ad adottare la linea interpretativa formata sulla vecchia disciplina. Non si affrontava il problema relativo alla sussistenza di elementi di prova positiva circa il venir meno di collegamenti tra il detenuto e le organizzazioni criminali di provenienza e ci si limitava, inopinatamente, alla mera constatazione dell'assenza di elementi di prova circa l'attualità di detti collegamenti.

Si ha quindi l'impressione che i Tribunali di Sorveglianza abbiano, almeno nel momento immediatamente successivo alla riforma, considerato prevalente l'aspetto sanzionatorio della misura applicata, a scapito di quello, sul quale non si insisterà mai abbastanza, di misura di prevenzione.

La richiesta di prova positiva dei collegamenti di singoli detenuti con l'ambiente esterno appare impossibile nella stragrande maggioranza dei casi nei quali il regime differenziato abbia correttamente funzionato, impedendo che quei collegamenti avvengano. I pochi casi contrari hanno costituito oggetto di indagine giudiziaria e, per un periodo di tempo abbastanza ampio (che arriva a due anni per i reati di criminalità organizzata), non possono essere rivelati né dalle DDA né dalla DNA, in quanto costituirebbero discovery anticipata del contenuto delle indagini e metterebbero in condizioni l'indagato di avere contezza dello stato delle indagini, vanificando in tal modo le operazioni in corso (ad esempio intercettazioni telefoniche ed ambientali).

⁸ Cfr. ex multis, sentenza Corte Cost. 376/97, su www.giurcost.org/decisioni/1997/0376s-97.html.

Tali casi eccezionali, ovviamente, pongono il problema di scegliere se tenere occultati elementi di conoscenza utili alla proroga del regime e dunque alla tutela della sicurezza pubblica, ovvero disgelare tali elementi e compromettere irrimediabilmente l'indagine⁹.

⁹ Cfr. MACRÌ V., in D.N.A. – Relazione annuale – Dicembre 2006, Parte I - 14.- Le attività svolte in ordine alle «materie di interesse»: Regime detentivo speciale ex art.41-bis Ord. penit., suhttp://albertofesta.it/attivita/urbanistica/denuncia_cementificazione_2007/relazione_annuale_direzione_nazionale_antimafia_dicembre_2006.pdf.