

Penale Sent. Sez. 1 Num. 42723 Anno 2021

Presidente: TARDIO ANGELA

Relatore: RENOLDI CARLO

Data Udiienza: 07/10/2021

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Zagaria Vincenzo, nato a San Cipriano d'Aversa il 22/6/1957,

avverso l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Sassari in data 25/2/2021;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Carlo Renoldi;

letta la requisitoria del Pubblico ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Domenico Angelo Raffaele Seccia, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza in data 25/2/2021, il Tribunale di sorveglianza di Sassari ha rigettato il reclamo proposto, ai sensi dell'art. 30-*bis* Ord. pen., avverso il decreto del Magistrato di sorveglianza di Sassari in data 4/11/2020 con cui era stata dichiarata l'inammissibilità della richiesta di permesso premio formulata nell'interesse di Vincenzo Zagaria. Secondo il Collegio, infatti, la condizione del detenuto, da anni sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* Ord. pen., doveva ritenersi «del tutto incompatibile, per la sua specifica disciplina, col sollecitato beneficio premiale».

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

2. Vincenzo Zagaria ha proposto ricorso per cassazione avverso il predetto provvedimento per mezzo del difensore di fiducia, avv. Maria Teresa A. Pintus, deducendo due distinti motivi di impugnazione, di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione ex art. 173 disp. att. cod. proc. pen.

2.1. Con il primo motivo, il ricorso lamenta, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., la inosservanza o erronea applicazione degli artt. 4-*bis* e 30-*ter* Ord. pen. in relazione all'art. 2, comma 27, lett. b), legge 15/7/2009, n. 9. L'ordinanza impugnata viene censurata per avere ritenuto, implicitamente, che le limitazioni previste dall'art. 30-*ter* Ord. pen. per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 2, comma 27, lett. b), legge n. 94 del 2009, siano applicabili retroattivamente a Zagaria, condannato per reati commessi antecedentemente all'entrata in vigore del decreto legge 8/6/1992, n. 306, che ha introdotto la necessità della collaborazione con la giustizia per l'accesso ai benefici penitenziari, benché la recente giurisprudenza formatasi sull'art. 4-*bis* Ord. pen. avrebbe riconosciuto la natura sostanziale delle relative disposizioni, con la conseguente irretroattività della disciplina di sfavore sancita dall'art. 2 cod. pen.

2.2. Con il secondo motivo, il ricorso prospetta l'incostituzionalità dell'art. 30-*ter* Ord. pen., in relazione agli artt. 4-*bis* e 41-*bis* Ord. pen., per violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. nonché degli artt. 3, 27, terzo comma, e 117 Cost. in relazione agli artt. 3 e 7 CEDU.

Sotto un primo profilo, si evidenzia che il regime previsto dall'art. 41-*bis* Ord. pen., in quanto misura di prevenzione personale, dovrebbe essere di competenza esclusiva dell'Autorità giudiziaria e non del Ministro, in virtù della riserva di giurisdizione affermata, in questa materia, dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 2 del 1956, 23 del 1964, 68 del 1964 e con l'ordinanza n. 499 del 1987.

Sotto altro aspetto, l'attribuzione del potere di applicare detto regime all'Amministrazione non consentirebbe alla persona sottoposta di difendersi in un contraddittorio effettivo, se non in via differita e non paritaria e la distoglierebbe dal suo giudice naturale nella delicata materia dei benefici penitenziari, con cui il regime speciale sarebbe incompatibile oggettivamente, incidendo tale negazione con il *quantum* della pena, in conflitto con l'art. 3, primo comma, Cost., per il differente trattamento riservato a soggetti condannati per lo stesso reato ma sottoposti a regimi penitenziari differenti, nonché con l'art. 27, terzo comma, Cost., non essendo previsto un limite di tempo all'applicazione del regime in parola e venendo il soggetto escluso dalla possibilità di accedere ai benefici penitenziari nonostante i progressi trattamentali compiuti.

La già evidenziata sottoposizione del detenuto a una disciplina, quella dettata dall'art. 4-*bis* Ord. pen., introdotta successivamente alla commissione dei reati per cui è condanna, determinerebbe altresì, dopo la sentenza n. 32 del 2020 della

Corte costituzionale, la violazione del principio di legalità dettato dall'art. 25, secondo comma, Cost., nonché un contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU sotto il profilo della violazione del principio dell'affidamento, che impone l'applicazione del trattamento sanzionatorio previsto al momento della commissione del fatto o, quantomeno, del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, quale «regola di giudizio accessibile e prevedibile» per i consociati (cita Corte EDU, sentenze del 15/12/2009, Gurguchiani vs Spagna; del 17/12/2009, M. vs Germania, e del 21/10/2013, Del Rio Prada vs Spagna, che avrebbe riferito il requisito di prevedibilità imposto dall'art. 7 CEDU anche alla esecuzione della sanzione).

Ancora: in relazione alla competenza del Tribunale di sorveglianza di Roma si prospetta questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* Ord. pen. per violazione degli artt. 2, 3, 25, 102 e 111 Cost. e dell'art. 6 CEDU, per essere stata sostanzialmente istituita una giurisdizione speciale in violazione del divieto stabilito dalla Costituzione, la cui cognizione è limitata ai soli profili di legittimità, senza poterne sindacare le decisioni sotto il profilo dell'accesso ai benefici, per i quali vi sarebbe una presunzione *iuris et de iure* incompatibile con le statuizioni delle sentenze nn. 149/2018 e 253/2019 della Corte costituzionale. E l'applicazione di una disciplina della competenza derogatoria rispetto a quella ordinaria, dettata dall'art. 677 cod. proc. pen., violerebbe palesemente l'art. 3 Cost.

Sotto altro profilo, la sottoposizione del soggetto a una pena aggiuntiva violerebbe l'art. 7 Cedu, il quale vieta che possa essere inflitta «... una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato», tenuto conto della possibilità di un numero indefinito di proroghe e dell'effetto sostanzialmente preclusivo rispetto all'accesso ai benefici, con conseguente incidenza sul *quantum* della pena e conseguente violazione dell'art. 3, primo comma, e dell'art. 27, terzo comma, Cost.

3. In data 4/6/2021 è pervenuta in Cancelleria la requisitoria scritta del Procuratore generale presso questa Corte, con la quale è stato chiesto l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nei termini di seguito indicati.

2. L'ordinanza impugnata ha individuato nella sottoposizione del detenuto al regime differenziato dettato dall'art. 41-*bis* Ord. pen. una vera e propria causa di inammissibilità della richiesta di permesso premio, tanto da ritenere non rilevante, la questione, logicamente subordinata, della ostatività dell'art. 4-*bis* Ord. pen., su

cui la difesa, parimenti, articola specifiche censure, sotto il profilo del divieto di applicazione retroattiva della disposizione in questione.

3. Muovendo dall'analisi dei due distinti profili di doglianza secondo il loro ordine logico, occorre rilevare che la consolidata giurisprudenza di legittimità ritiene, con principio qui condiviso e riaffermato, che sia illegittimo il provvedimento del tribunale di sorveglianza che consideri il regime detentivo speciale incompatibile con la concessione di un permesso premio (Sez. 1, n. 21946 del 8/6/2020, Apicella, Rv. 279373-01; Sez. 1, n. 9660 del 20/10/2016, dep. 2017, Paviglianti, non massimata).

Invero, da un punto di vista sostanziale parrebbe esservi una irriducibile inconciliabilità tra un istituto, quale il permesso premio, che è specificamente finalizzato a promuovere i rapporti affettivi e sociali nella forma più piena, attraverso l'autorizzazione del beneficiario a rientrare temporaneamente nel proprio contesto socio-familiare, e un regime penitenziario, quello contemplato dall'art. 41-*bis* Ord. pen., che appare, invece, finalizzato a impedire forme di indebito collegamento con l'esterno e, con esso, il perpetuarsi dei legami e delle reciproche influenze con il contesto criminale di provenienza.

Tuttavia, anche a prescindere dal fatto che una siffatta incompatibilità non è espressamente enunciata dalla normativa penitenziaria, tanto più dopo il venir meno, sia pure per i soli permessi premio, del meccanismo presuntivo delineato dall'art. 4-*bis* Ord. pen. in conseguenza della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale, deve osservarsi che la astratta compatibilità tra i due istituti deriva, soprattutto, dalla particolare disciplina della revoca del regime differenziato.

Come noto, l'art. 41-*bis* Ord. pen. prevede la possibilità, nella pratica assai frequente, di una proroga del regime particolare, ove il detenuto sia nelle condizioni di ristabilire i legami con ambienti di criminalità politica o mafiosa, nel cui contesto il reato in espiazione era stato commesso e alla cui rescissione era finalizzata la sospensione delle regole ordinarie del trattamento.

Sull'estremo opposto, è evidente che, ove tali condizioni dovessero venire meno dovrebbe procedersi alla revoca della misura, siccome non più giustificata.

Il regime della revoca era originariamente disciplinato dal comma 2-*ter* dell'art. 41-*bis*, il quale stabiliva che, ove prima della scadenza, fossero venute meno le condizioni che avevano determinato l'adozione o la proroga del provvedimento di cui al comma 2, il Ministro della giustizia doveva procedere, anche d'ufficio, alla revoca con decreto motivato; e che, il provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca fosse reclamabile ai sensi dei commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, dovendo qualificarsi come silenzio-accoglimento la mancata decisione nel termine di trenta giorni dalla presentazione della richiesta. Detta disposizione è stata, tuttavia, abrogata dalla legge 15 luglio 2009, n. 94; e, nondimeno, pur di fronte a tale

abrogazione, la giurisprudenza di legittimità ha successivamente affermato la impugnabilità, mediante reclamo al tribunale di sorveglianza, del rigetto, per silenzio rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale applicativo, benché con la novella introdotta dalla legge n. 94 del 2009 non sia più prevista la possibilità di una revisione, neanche per sopravvenienze, di detto provvedimento. Una soluzione che è stata giustificata con il carattere di rimedio generale dell'istituto del reclamo avverso i provvedimenti che dispongono o prorogano il regime di sorveglianza particolare, di cui all'art. 14-ter Ord. pen. (Sez. 1, n. 18021 del 25/2/2011, Manciaracina, Rv. 250272-01; Sez. 1, n. 47919 del 9/11/2012, Attanasio, Rv. 253856-01; Sez. 5, n. 47568 del 20/9/2016, Mancuso, Rv. 268416-01; Sez. 1, n. 5322 del 12/9/2017, dep. 2018, Magri, Rv. 272288-01). E ciò sulla scorta dei rilievi formulati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 190 del 2010, che ha affermato la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'istituto, pur in assenza di una norma specificamente dedicata alla revoca anticipata; senza che tale opzione interpretativa sia censurata da un recente pronunciamento di questa stessa Sezione della Suprema Corte, il quale, al di là di quanto riportato dalla relativa massima, ha ribadito, in parte motiva, i medesimi principi più sopra delineati (v. Sez. 1, n. 35242 del 6/11/2020, Amantea, Rv. 280316-01).

Ne consegue che pur in presenza di un provvedimento applicativo (o di proroga) del regime differenziato, formalmente in vigore, potrebbero darsi situazioni in cui sia, sostanzialmente, venuta meno la ragione giustificativa dell'atto *de quo*, nonostante che detto regime sia, ancora, formalmente applicato; con la necessità, pertanto, di addivenire, comunque, a una pronuncia di merito che spieghi le ragioni per le quali il beneficio richiesto non possa essere, in concreto, accordato.

4. Le considerazioni che precedono introducono un ulteriore profilo, attinente alla disciplina applicabile a seguito della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale sull'art. 4-bis Ord. pen.

4.1. In proposito, giova premettere la infondatezza della deduzione difensiva secondo cui, dopo la sentenza n. 32 del 2020 della Corte costituzionale, sarebbe stata affermata l'inapplicabilità *tout court*, in ragione del divieto di applicazione retroattiva delle norme penale sfavorevoli, dell'art. 4-bis Ord. pen. In realtà, con la menzionata pronuncia, la Consulta ha sottolineato la stretta afferenza all'area del diritto penale sostanziale delle disposizioni che incidono sulla quantità della pena, come nel caso delle norme che, pur se collocate nel codice processuale, disciplinano le modalità di accesso alle misure alternative al carcere. Nondimeno, da tale ambito devono escludersi le disposizioni in materia di permesso premio,

che attenendo alle semplici modalità di esecuzione della pena, non hanno natura di norme penali sostanziali.

4.2. Orbene, come anticipato, sulla disciplina dettata dagli artt. 4-*bis* e 30-*ter* Ord. pen. è intervenuta la sentenza 23 ottobre 2019, n. 253 della Corte costituzionale, la quale, nel solco della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (cfr. Corte EDU, Sez. 1, 13/6/2019, Viola c./Italia, confermata in data 8/10/2019 dalla Grande Camera), ha ora delineato un doppio regime per coloro i quali non abbiano collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* Ord. pen., distinguendo la posizione di coloro i quali, pur potendolo fare, non abbiano però collaborato, da quella di coloro i quali si siano trovati nella impossibilità di collaborare o per i quali la collaborazione sia, comunque, inesigibile.

Mentre nei confronti dei secondi è sufficiente accertare l'esclusione dell'attualità dei collegamenti, nei confronti dei primi la Corte costituzionale ha, invece, delineato un «regime probatorio rafforzato» con una «portata certamente additiva» rispetto agli accertamenti richiesti nel comma 1-*bis*, rendendo necessario accertare l'ulteriore presupposto dell'esclusione del pericolo di ripristino dei collegamenti (cfr. Sez. 1, n. 5553 del 28/1/2020, Grasso, citata). Per questa via, a fronte di una specifica richiesta da parte del condannato, il tribunale di sorveglianza è tenuto ad accertare l'effettività della collaborazione ovvero la sua «impossibilità/inesigibilità», gravando sul soggetto che richiede il beneficio l'onere di una specifica allegazione in tal senso, secondo una regola di distribuzione degli oneri probatori già affermata dalla giurisprudenza di legittimità ben prima della pronuncia della Corte costituzionale (Sez. 1, n. 10427 del 24/2/2010, C., Rv. 246397-01; Sez. 1, n. 47044 del 24/1/2017, Sorice, Rv. 271474-01).

Un accertamento che, dunque, è comunque subordinato alla insussistenza di presupposti che, sostanzialmente, corrispondono a quelli per l'applicazione (cioè la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata) o per la proroga (ovvero la capacità di mantenerli) del regime differenziato.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto, sicché l'ordinanza impugnata deve essere annullata, con rinvio al Tribunale di sorveglianza di Sassari affinché stabilisca se ricorra, in concreto, una incompatibilità tra il regime differenziato e l'eventuale concessione dei permessi premio, verificando, indi, a seconda che il detenuto abbia collaborato o che la sua collaborazione sia impossibile/inesigibile, il pericolo di ristabilimento dei collegamenti con la criminalità organizzata.

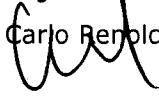
PER QUESTI MOTIVI

•
•
Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di sorveglianza di Sassari.

Così deciso in data 7/10/2021

Il Consigliere estensore

Carlo Renoldi



Il Presidente

Angela Tardio

