



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

STRATEGIE DI LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA DI
STAMPO MAFIOSO

Relatrice:
Prof. aggr. Antonia Menghini

Laureanda:
Daniela Strippoli

Parole chiave: esecuzione penale, collaborazione giudiziale, preclusioni penitenziarie, regime differenziato

Anno Accademico 2015/2016

INDICE

PREMESSA.....	9
---------------	---

INTRODUZIONE

1. Inquadramento del fenomeno mafioso.....	11
1.1. Evoluzione storica. Dalla situazione post-unitaria all'azione del prefetto Mori.....	12
1.2. Dagli anni '30 al secondo dopoguerra.....	13
1.3. Dalla prima alla seconda guerra di mafia.....	14
1.4. L'omicidio di Pio La Torre e l'introduzione dell'art. 416-bis c.p.	15
1.5. La creazione del 'pool antimafia', il 'maxiprocesso' e gli attentati ai giudici Falcone e Borsellino.....	15
1.6. La decretazione d'emergenza.....	16
2. Rinvio.....	18

CAPITOLO 1

LA COLLABORAZIONE DI GIUSTIZIA

1. Inquadramento.....	21
2. Nascita ed evoluzione del fenomeno collaborativo.....	23
3. Disciplina legislativa.....	27
3.1. Il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8: l'introduzione del programma di protezione.....	29
3.1.1. Il contenuto del programma di protezione.....	30
3.2. La prima fattispecie premiale: la circostanza attenuante prevista dall'art. 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152.....	31
3.3. L'introduzione dell'art. 58-ter o.p.	34
3.4. La collaborazione di giustizia nel vigore della l. 82/91 e della l. 203/91.....	34
3.4.1. Dati statistici	36
3.5. Il dibattito precedente all'emanazione della l. 13 febbraio 2001, n. 45.....	38
3.6. Le principali modifiche apportate dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45	39

3.6.1. I benefici penitenziari.....	46
4. Fotografia della situazione attuale.....	48
5. Il contributo della dottrina.....	50
5.1. Il dibattito precedente all'emanazione della l. 82/91 e della l. 203/91.....	51
5.1.1. Sull'opportunità di disciplinare la figura del 'pentito' di mafia.....	52
5.1.2. In merito all'utilità dei collaboratori di giustizia.....	54
5.1.3. Sulla necessità di introdurre previsioni premiali.....	55
5.2. Il dibattito successivo all'emanazione della l. 82/91 e della l. 203/91.....	57
5.2.1. L'approccio critico di Alessandro Bernasconi.....	57
5.2.2. L'analisi propositiva di Paolo Giordano.....	59
5.3. Le posizioni seguenti all'introduzione della l. 45/01.....	60
5.3.1. L'analisi critica di Carlo Ruga Riva.....	61
5.3.2. Il commento di Fabio Fiorentin.....	62
5.3.3. Considerazioni.....	63
6. Giurisprudenza. Rinvio.....	64
7. La difficoltà di intraprendere la scelta collaborativa.....	65
7.1. Un caso emblematico: la storia di A.	66
8. Considerazioni finali.....	68

CAPITOLO 2

I LIMITI ALLA CONCESSIONE DEI BENEFICI PENITENZIARI

Sezione I

La prima formulazione dell'art. 4-bis o.p.

1. Inquadramento.....	71
2. Il contesto normativo precedente all'introduzione dell'art. 4-bis o.p.	75
2.1. Dal d.l. 13 novembre 1990, n. 324 all'introduzione dell'art. 4-bis o.p.	78
3. La prima formulazione della norma	79
3.1. La <i>ratio legis</i>	80
3.2. La 'struttura a fasce'	82
3.2.1. Il regime probatorio per i reati di 'prima fascia'	84
3.2.2. Il regime probatorio per i reati di 'seconda fascia'. Considerazioni	85
3.3. Il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica. La magistratura di sorveglianza	86

4. Le reazioni successive all'introduzione dell'art. 4-bis o.p.	89
--	----

Sezione II

La riformulazione della norma e il raccordo con gli altri istituti

1. Inquadramento	92
2. La <i>ratio</i> della seconda formulazione	93
3. Il testo della rinnovata disposizione	94
3.1. Nuova articolazione in 'fasce' e mutamento delle modalità di acquisizione della prova	96
3.1.1. Ancora sul regime probatorio per i reati di 'prima fascia'. La collaborazione fruttuosa	99
3.1.2. Il regime probatorio per i reati di 'seconda fascia '. La collaborazione oggettivamente irrilevante	102
3.1.2. (<i>segue</i>) La collaborazione inesigibile. Il regime probatorio risultante dalle pronunce della Corte Costituzionale	104
4. Il ruolo delle procure antimafia	108
5. Revoca dei benefici in mancanza di collaborazione fruttuosa	111
6. I benefici oggetto di esclusione o restrizione	111
6.1. L'ammissione al lavoro all'esterno	112
6.2. I permessi premio	114
6.3. Le misure alternative	115
6.3.1. Note sulla liberazione anticipata	119
6.4. La liberazione condizionale	121
7. La non prefigurabilità del tentativo come reato ostativo	122
8. Il cumulo delle pene e la continuazione di reati	123
9. In chiusura di sezione: la sent. 8 luglio 1993, n. 306	125

Sezione III

L'art. 4-bis o.p. oggi: prospettive di riforma

1. Nuove modifiche all'art. 4-bis o.p. Cenni alle novità legislative del terzo millennio	130
1.1. Il testo aggiornato della norma	132
2. Dati statistici	133
3. Orizzonti di modifica	134
3.1. La Commissione mista per lo studio dei problemi della Magistratura di Sorveglianza	134
3.2. La Commissione Palazzo	137
3.2.1. La proposta di legge n. 3091/15: possibile un'imminente modifica dell'art. 4-bis o.p.?	138

3.2.1. (segue) Considerazioni sulla proposta di legge n. 3091/15	140
4. Note conclusive	141

CAPITOLO 3

LA SOSPENSIONE TEMPORANEA DELLE NORMALI REGOLE DI TRATTAMENTO

Sezione I

L'introduzione del regime di esecuzione differenziata:
dall'art. 90 o.p. all'art. 41-bis, comma 2, o.p.

1. Inquadramento	143
2. Il quadro normativo previgente. Il regime di esecuzione differenziata stabilito dall'art. 90 o.p.	147
2.1. Le novità della 'legge Gozzini'. La sospensione delle normali regole di trattamento in caso di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza interne	149
2.2. Il regime di sorveglianza particolare	150
3. Gli anni '90 e la stagione delle stragi di mafia: l'introduzione del comma 2 dell'art. 41-bis o.p.	152
3.1. Le carceri di massima sicurezza: la riapertura di Pianosa e dell'Asinara	157
4. Il testo del comma 2 dell'art. 41-bis o.p. nella sua prima formulazione	160
4.1. Le ragioni legittimanti il provvedimento sospensivo	161
4.2. Le autorità coinvolte	162
4.3. I destinatari del provvedimento	164
4.4. La concreta incisività del provvedimento sospensivo	167
5. Il regime detentivo speciale nel primo decennio di applicazione. Dati statistici	169
6. Panoramica dei principali interventi legislativi. L. 7 agosto 1998, n. 11	171
6.1. La stabilizzazione del regime di sospensione temporanea delle normali regole di trattamento	173
6.2. La riforma del 2009: la supremazia delle istanze securitarie	175
6.3. La formulazione odierna	179

Sezione II

Il contenuto del provvedimento sospensivo e i profili di garanzia

Parte I

Le singole prescrizioni

1. Introduzione	182
2. Oggetto e limiti del provvedimento sospensivo	182
3. Le singole prescrizioni	184
3.1. L'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna	185
3.2. Colloqui	187
3.2.1. Colloqui con minori di anni dodici	190
3.2.2. Colloqui coi difensori	191
3.3. Invio e ricezione di somme, beni e oggetti	192
3.4. Esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati	193
3.5. Controlli sulla corrispondenza	194
3.5.1. Gli anni '90: questioni di legittimità costituzionale e ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	195
3.5.2. Dalla l. 279/02 al nuovo art. 18-ter o.p.	196
3.5.3. Altri profili applicativi. Recenti pronunce giurisprudenziali	198
3.6. Permanenza all'aperto	200
3.7. Misure di sicurezza e accorgimenti di natura logistica	202
4. Considerazioni	202

Parte II

L'impugnabilità del provvedimento sospensivo

1. Inquadramento	203
2. La predisposizione di strumenti di garanzia: un percorso a ostacoli	204
2.1. Gli interventi della Corte Costituzionale	205
2.2. Gli sviluppi normativi. L'introduzione dei commi 2-quinquies e 2-sexies	205
3. L'istituto del reclamo oggi: legittimati attivi, termine e giudice competente	206
4. Svolgimento del giudizio. Limiti di sindacabilità	208
4.1. Ricorso per Cassazione avverso il giudizio di reclamo	211
4.2. Provvedimenti emettibili a valle del reclamo	212
5. Note conclusive	213

Sezione III
Fotografia della situazione attuale.
Proposte di modifica

1. Introduzione	214
2. Dati statistici	214
3. Proposte di modifica: le conclusioni degli Stati generali dell'esecuzione penale	219
3.1. Tavolo 2: relazione conclusiva	220
3.2. Le modifiche proposte	221
3.3. Tavolo 16: riflessioni generali	223
4. Considerazioni. Bilanciamento di interessi	224

CONCLUSIONI

1. Premessa	229
2. La mafia come fenomeno culturale	230
3. Il ruolo del diritto penitenziario	233
4. Il 'doppio binario'	235
4.1. La collaborazione di giustizia	237
4.2. I limiti alla concessione dei benefici penitenziari	239
4.3. La sospensione temporanea delle normali regole di trattamento	244
5. Note conclusive	248

PREMESSA

Questo lavoro muove da un interesse personale rispetto al tema del contrasto alla criminalità organizzata e dalla profonda convinzione che una seria lotta alle mafie debba rappresentare parte preponderante di un qualunque programma di governo; da troppo tempo l'insistenza nei nostri territori di associazioni a delinquere di stampo mafioso costituisce un rilevante freno allo sviluppo economico e culturale di intere aree del Paese.

È opinione diffusa che la criminalità organizzata non possa essere combattuta solamente attraverso strumenti giuridici di tipo repressivo e che sia necessario approntare una strategia che coinvolga diversi ambiti del vivere quotidiano.

Pur essendo dello stesso avviso, è piuttosto evidente la necessità che l'ordinamento giuridico appresti strumenti di contrasto a tale dilagante fenomeno.

Si tratta allora di comprendere se taluni di questi istituti siano utili, o addirittura indispensabili, nella lotta alla delinquenza di matrice mafiosa.

A questo proposito diversi sono i mezzi che il legislatore ha messo a disposizione delle c.d. agenzie del controllo formale (magistratura requirente e forze di polizia), ma è di facile intuizione che in questa sede non possano essere trattati tutti in modo esaustivo, tanti sono i profili e le sfaccettature che potrebbero essere considerati.

Si è scelto quindi di focalizzare l'attenzione sui più importanti istituti di diritto penitenziario in materia, ovvero quelli introdotti all'inizio degli anni '90 del secolo scorso con la c.d. decretazione d'emergenza, quando lo scontro Stato - mafia aveva raggiunto l'acme con gli omicidi di diversi esponenti della magistratura impegnati in prima linea su questo fronte.

Questi istituti sono, dunque, la collaborazione di giustizia (potenziata con il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, e il d.l. 13 maggio 1991, n. 152), i limiti all'accesso alle misure alternative al carcere e ai benefici penitenziari ex art. 4-bis o.p. (introdotti col d.l. 13 maggio 1991, n.152, e poi modificati dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306), nonché il regime di detenzione speciale ex art. 41-bis, comma 2, o.p., che sospende le normali regole di trattamento (introdotta col medesimo d.l. 8 giugno 1992, n. 306).

Si tratta di strumenti fortemente interconnessi sul piano funzionale; per facilità di lettura si è pensato, però, fosse opportuno articolare la relativa

trattazione in tre capitoli differenti, agevolando in questo modo la comprensione degli elementi caratteristici e dell'evoluzione di ogni singolo istituto.

Particolare attenzione sarà posta con riferimento ai diversi contributi della dottrina e alle numerose pronunce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

Al termine di tale parte eminentemente descrittiva si proveranno a individuare eventuali punti di forza ovvero di debolezza della discipline considerate, elaborando una personale valutazione in merito alla bontà o meno di detti mezzi rispetto alle finalità prefissate dall'ordinamento e alla loro compatibilità con i principi propri di uno Stato di diritto.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Inquadramento del fenomeno mafioso - 1.1. Evoluzione storica. Dalla situazione post-unitaria all'azione del prefetto Mori - 1.2. Dagli anni '30 al secondo dopoguerra - 1.3. Dalla prima alla seconda guerra di mafia - 1.4. L'omicidio di Pio La Torre e l'introduzione dell'art. 416-bis c.p. - 1.5. La creazione del 'pool antimafia', il 'maxiprocesso' e gli attentati ai giudici Falcone e Borsellino - 1.6. La decretazione d'emergenza - 2. Rinvio

1. Inquadramento del fenomeno mafioso

“La più completa ed essenziale definizione che si può dare della mafia, crediamo sia questa: la mafia è un'associazione per delinquere, coi fini di illecito arricchimento per i propri associati, che si impone come intermediazione parassitaria, e imposta con mezzi di violenza, tra la proprietà e il lavoro, tra la produzione e il consumo, tra il cittadino e lo Stato.”

Così Leonardo Sciascia definiva il concetto di mafia nel suo romanzo “A ciascuno il suo”, datato 1966.

Fino alla fine degli anni '70 del secolo scorso la criminalità organizzata aveva agito nel nostro Paese pressoché indisturbata; a parte qualche risalente e/o isolato tentativo di contrasto non si era mai pensato di mettere in atto un'azione mirata e sistematica di lotta alla mafia.

Ciò non solo per mancanza di specifici strumenti repressivi, ma anche perché del fenomeno mafioso si aveva una conoscenza superficiale. Mancava la piena consapevolezza che, particolarmente dal secondo dopoguerra, la criminalità organizzata avesse trovato in diverse aree del Paese terreno fertile per radicarsi come vera e propria forma associativa alternativa allo Stato.

Per la verità non è difficile nemmeno adesso verificare una certa ritrosia di taluni nell'ammettere che intere zone d'Italia siano sottoposte al controllo di uomini d'onore e famiglie potenti; in molti casi sono proprio l'omertà e il consenso sociale di cui godono le mafie a permettere la loro esistenza e irradiazione nel tessuto economico e politico del Paese.

Fino al 1984, anno in cui il 'pentito' Tommaso Buscetta cominciò a collaborare con la giustizia, la struttura e il nome stesso di quella che era allora la più potente associazione a delinquere di stampo mafioso in Italia (Cosa Nostra) rimasero sconosciuti.

Solo a partire dalle sue dichiarazioni e da quelle di altri pentiti è stato possibile ricostruire i meccanismi che regolavano i rapporti interni alla gerarchia criminale e quelli tra le diverse cosche¹.

Prima di entrare nel merito della trattazione appare, dunque, indispensabile delineare - seppur brevemente - l'evoluzione storica del fenomeno mafioso.

Solo una sua matura comprensione ha potuto portare all'introduzione nel nostro ordinamento di peculiari strumenti di contrasto.

1.1. Dalla situazione post-unitaria all'azione del prefetto Mori

Le origini del fenomeno mafioso nel Mezzogiorno d'Italia sono lontane: secondo una consolidata ricostruzione storica la sua eziologia sarebbe da rinvenirsi nella struttura sociale tipica del meridione pre-unitario, che si sarebbe protratta anche dopo la nascita del Regno d'Italia².

Con particolare attenzione alla Sicilia, il neonato Stato italiano, non potendo garantire un controllo diretto e stabile dell'isola, cominciò a fare affidamento su potenti famiglie del luogo, che già da tempo lavoravano al servizio dei latifondisti e che ben volentieri assunsero le veci del governo centrale.

Cosa Nostra nacque, innanzitutto, per la scarsa presenza dello Stato sul territorio e fu proprio sulla base di questa inerzia che ebbe la possibilità di radicarsi come antistato, o meglio ancora venne percepita come formazione in grado di agire parallelamente ad esso e nell'interesse della popolazione.

In realtà da subito questi gruppi di potere si servirono della propria posizione per consolidare anche con la violenza il dominio del territorio³. Dal controllo delle aree rurali e delle attività agricole le cosche cominciarono ad espandere il proprio controllo ad altri settori, come quello dei trasporti, della delinquenza urbana e dei centri di potere in generale, penetrando senza difficoltà nelle istituzioni politiche e dando vita al connubio mafia-politica che ancora oggi è conosciuto.

Il fenomeno non arretrò nei decenni successivi e sembrò anzi espandersi.

Un primo risalente tentativo di affrontare la 'questione mafiosa' in Sicilia fu rappresentato dall'invio a Trapani nel 1924 di Cesare Mori, soprannominato 'il

1 Possono dare l'idea dell'importanza di quelle dichiarazioni le parole dello stesso Giovanni Falcone: "Prima di lui, non avevo - non avevamo - che un'idea superficiale del fenomeno mafioso. Con lui abbiamo cominciato a guardarvi dentro. Ci ha fornito numerosissime conferme sulla struttura, sulle tecniche di reclutamento, sulle funzioni di Cosa Nostra. Ma soprattutto ci ha dato una visione globale, ampia, a largo raggio del fenomeno." Questo passaggio è tratto da: FALCONE G., PADOVANI M., *Cose di Cosa Nostra*, Milano, Rizzoli, 1991, p. 41.

2 LUPO S., *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Roma, Donzelli, 1996, p. 43 ss.

3 CICONTE E., *Storia criminale. La resistibile ascesa di mafia, 'ndrangheta e camorra dall'Ottocento ai giorni nostri*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008, p. 34.

prefetto di ferro', al quale fu affidato il compito di debellare qualunque forma di associazione criminale che si proponesse antitetica allo Stato⁴.

Questa impostazione era chiaramente coerente con l'ideologia fascista, che non vedeva di buon occhio forme di decentramento, tantomeno così palesemente illegali.

Dall'anno successivo Mori operò come Prefetto di Palermo e la sua azione parve efficace grazie all'arresto di centinaia di uomini, in seguito condannati.

Il suo operato non fu esente da critiche in merito alle modalità utilizzate, talvolta brutali, e fu rivalutato alla luce del fatto che non pochi di questi individui erano spesso collusi con il Partito Nazionale Fascista, se non addirittura suoi esponenti.

Questo fu uno dei motivi che fece dubitare del buon esito dell'operazione, perché parve chiaro che estirpare le relazioni col mondo politico fosse forse l'obiettivo più problematico.

1.2. Dagli anni '30 al secondo dopoguerra

Negli anni successivi all'invio del Prefetto Mori in Sicilia la spinta di contrasto al crimine organizzato sembrava essersi esaurita: la convinzione che il fenomeno era stato brillantemente sgominato portò a sottovalutare la possibilità che in diverse aree dell'isola le cosche mafiose potessero riorganizzarsi e prendere nuovo vigore⁵.

A ciò si accompagnava la circostanza in base alla quale, in seguito alla liberazione della Sicilia nel 1943, si sostituirono alle autorità locali fasciste i grandi proprietari terrieri e i loro sgherri mafiosi, 'vittime' della repressione nera di quindici anni prima⁶.

Anche negli anni successivi al secondo dopoguerra numerosi esponenti mafiosi riuscirono ad agguantare posizioni apicali all'interno delle istituzioni, situazione che permise di spartire ingenti profitti.

Emblematico a questo proposito è il c.d. 'sacco di Palermo', termine con cui si usa definire il fenomeno di speculazione edilizia che caratterizzò l'azione amministrativa di numerose cariche pubbliche nel capoluogo siciliano a partire dagli anni '50⁷.

È in questo periodo che fecero ritorno dagli Stati Uniti diversi esponenti della mafia italo-americana, divenuti celebri anni addietro grazie al contrabbando di tabacchi, che decisero di investire maggiormente nel traffico di

4 L'operato di Cesare Mori è raccontato in: PETACCO A., *Il Prefetto di Ferro*, Milano, Mondadori, 2004.

5 FALCONE G., *Cose di Cosa Nostra*, cit., p. 103.

6 Tale risentimento si rinviene nelle parole di Antonio Canepa in: GAJA F., *L'esercito della lupara*, Milano, Masquis Editore, 1990, p. 387.

7 Tale vicenda è raccontata dettagliatamente in: DINO A., *Sacco di Palermo*, in *'Narcomafie'*, 2005, f. 11, p. CLXXXIII.

stupefacenti, *business* molto promettente: nel 1957 Palermo divenne il nuovo centro di smistamento dell'eroina da destinarsi al continente americano.

Le ricchezze così accumulate poterono quindi essere facilmente riciclate nelle operazioni di sistematica cementificazione del capoluogo siciliano.

1.3. Dalla prima alla seconda guerra di mafia

All'inizio degli anni '60 i contrasti tra le cosche per l'ottenimento di maggiori guadagni illeciti si fecero sempre più frequenti e sfociarono in una vera e propria faida tra *clan* rivali, nota come 'prima guerra di mafia', culminata nella tristemente celebre strage di Ciaculli del 1963, in cui persero la vita sette funzionari delle forze dell'ordine, che tentavano di disinnescare un'autobomba, originariamente destinata all'uccisione di un eminente capo mafia di Brancaccio.

La risposta dello Stato fu debole: all'esito dei processi svoltisi a Catanzaro e a Bari contro coloro che avevano innescato questo conflitto fratricida, molti imputati vennero assolti per insufficienza di prove e altri ricevettero una condanna irrisoria per associazione a delinquere.

La sostanziale inerzia delle istituzioni permise alle reti mafiose di infiltrarsi nel decennio successivo nel nord d'Italia, dove queste poterono ampliare il proprio *business* a settori diversi, come quello dei sequestri di persona a scopo di estorsione⁸.

Gli anni '80 si aprirono, invece, con una recrudescenza della violenza interna: tra il 1981 e il 1983 si assistette ad una 'seconda guerra di mafia' per il controllo del territorio, dalla quale uscì vincitore il c.d. *clan* dei 'Corleonesi', che ebbe la meglio sul gruppo Beltate-Badalamenti, e che impose la strategia stragista, caratteristica dell'azione di Cosa Nostra negli anni successivi.

Divennero sempre più frequenti gli omicidi eccellenti, soprattutto di giornalisti, procuratori e funzionari di polizia; possiamo ricordare emblematicamente l'omicidio di Piersanti Mattarella nel gennaio del 1979, Presidente della Regione Siciliana allora in carica.

Obiettivo dichiarato era incutere timore e rendere consapevoli società civile e Stato del potere raggiunto da tale associazione criminale.

Tra gli altri, è di questo periodo l'assassinio a catena di diversi parenti di quello che sarebbe diventato un fondamentale collaboratore di giustizia, Tommaso Buscetta, considerato un traditore dai 'Corleonesi'⁹.

8 LUPO S., *Storia della mafia*, cit., p. 231.

9 LUPO S., *Storia della mafia*, cit., p. 245.

1.4. L'omicidio di Pio La Torre e l'introduzione dell'art. 416-bis c.p.

A seguito delle stragi di mafia ordinate dai 'Corleonesi' e che coinvolsero come vittime anche numerosi esponenti dello Stato, l'onorevole del PCI Pio La Torre propose un disegno di legge che prevedeva l'introduzione nel nostro sistema penale del reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, nonché la confisca dei patrimoni mafiosi illecitamente conseguiti.

La risposta di Cosa Nostra non tardò ad arrivare e il 30 aprile 1982 La Torre venne ucciso insieme al suo autista in una via di Palermo.

Il delitto La Torre sconvolse l'opinione pubblica e il Governo di Roma decise di inviare il generale Carlo Alberto Dalla Chiesa nel capoluogo siciliano in qualità di prefetto.

Questi denunciò, però, sin da subito il mancato appoggio delle istituzioni, dalle quali si sentiva di fatto abbandonato: venne freddato insieme alla moglie e all'agente di scorta il 3 settembre 1982.

Questo ulteriore atto intimidatorio nei confronti dello Stato portò all'emanazione della l. 13 settembre 1982 n. 642¹⁰, detta 'Legge Rognoni-La Torre' dal nome dei due promotori della proposta legislativa, con la quale si introdusse finalmente il reato di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero associazione a delinquere di stampo mafioso¹¹, e la confisca dei patrimoni di provenienza illecita come misura di sicurezza reale.

1.5. La creazione del 'pool antimafia', il 'maxiprocesso' e gli attentati ai giudici Falcone e Borsellino

La reazione di Cosa Nostra fu piuttosto dura; furono commissionati una serie di attentati nei confronti dei magistrati che facevano applicazione del nuovo reato di cui all'art. 416-bis c.p.

Il 29 luglio 1983 Rocco Chinnici, capo dell'Ufficio Istruzione del Tribunale di Palermo, fu ucciso dall'esplosione di un'autobomba sotto casa sua assieme a due agenti della scorta e al portiere dello stabile in cui abitava¹².

Tale episodio convinse il giudice Antonino Caponnetto, che subentrò a Chinnici, a proseguirne l'eredità e a implementare il lavoro del 'pool antimafia'

10 DALL'ORA A., *La nuova legge*, in AA.VV., *Morte di un generale. L'assassinio di Carlo Alberto Dalla Chiesa, la mafia, la droga, il potere politico*, Milano, Mondadori, 1982, p. 198 ss.

11 Il comma 3 dell'art. 416-bis c.p. stabilisce che si è in presenza di associazione di tipo mafioso "quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri". A questo testo sono state aggiunte le parole "ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali" con l'art. 11-bis del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992. 356.

12 CARUSO A., *Da cosa nasce cosa*, Milano, Longanesi, 2000, p. 378 ss.

da questi istituito col compito di svolgere indagini con specifico riferimento a reati riconducibili alla criminalità di tipo mafioso.

I più noti giudici istruttori facenti parte di questo ristretto gruppo di lavoro erano Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, i quali riuscirono in termini relativamente brevi a ottenere riscontri empirici delle dichiarazioni di collaboratori di giustizia del calibro del già citato Tommaso Buscetta e di Salvatore Contorno, che nella 'seconda guerra di mafia' avevano perso numerosi parenti.

Nel 1984 sono quasi 500 gli ordini di cattura emessi in tutta Italia a seguito delle dichiarazioni dei due 'pentiti'.

Dopo il rinvio a giudizio di 474 persone, nel febbraio del 1986 cominciò a celebrarsi il c.d. 'maxiprocesso', che si concluse in primo grado alla fine del 1987 con 342 condanne, tra cui i celebri ergastoli a Salvatore Riina e Bernardo Provenzano, processati in contumacia, storici esponenti di spicco dei 'Corleonesi' e mandanti di efferati agguati di mafia.

Nonostante una drastica riduzione delle condanne in grado d'appello, la Corte di Cassazione confermò le condanne di primo grado il 30 gennaio 1992, avallando l'impianto accusatorio del 'pool antimafia', e considerando quindi attendibili le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia¹³.

I boss latitanti non potevano certo stare a guardare: il 23 maggio 1992 morirono a seguito di un attentato dinamitardo il giudice Giovanni Falcone, la moglie Francesca Morvillo e alcuni uomini della scorta nella tristemente celebre 'strage di Capaci'; il 19 luglio dello stesso anno, rimasero vittima di una potente esplosione il giudice Paolo Borsellino e gli agenti che lo proteggevano nella 'strage di via d'Amelio'.

Meno di un anno dopo fu catturato Salvatore Riina, allora capo di Cosa Nostra, e a seguito del suo arresto venne sostituito nel ruolo di vertice dell'organizzazione da Bernardo Provenzano, suo *alter ego*, il quale riuscì a imporre la linea degli attentati fuori dall'isola: si chiudeva il periodo delle stragi in Sicilia e si apriva quello delle 'stragi in continente', la più nota delle quali è quella di via dei Georgofili a Firenze del 27 maggio 1993, in cui persero la vita cinque persone e circa quaranta rimasero ferite.

1.6. La decretazione d'emergenza

È in questo delicato contesto storico che lo Stato, dovendo fronteggiare l'avanzata sempre più aggressiva di Cosa Nostra, decise di introdurre peculiari strumenti di contrasto alla criminalità organizzata.

Preso atto della debolezza di taluni istituti del nostro ordinamento rispetto al fine di osteggiare concretamente tale tipo di associazione a delinquere, il

13 CARUSO A., *Da cosa nasce cosa*, cit., p. 495.

legislatore approvò una serie di norme peculiarmente rivolte a contrastare il dilagare della criminalità mafiosa.

Una breve elencazione dei principali provvedimenti può essere utile a inquadrare l'operato del Governo e del Parlamento¹⁴.

Un primo pacchetto normativo fu emanato nei primi sei mesi del 1991 e aveva come scopo dichiarato quello di incentivare la collaborazione di giustizia, rivelatasi già da tempo strumento indispensabile per mettere in campo una concreta strategia di lotta alla mafia¹⁵: venne approvato il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. in l. 15 marzo 1991, n. 82, il quale introdusse un'articolata disciplina a protezione dei pentiti, dei testimoni di giustizia e delle loro famiglie.

Poco dopo venne emanato il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, che incentivò ulteriormente la collaborazione di giustizia prevedendo a favore di questi soggetti un imponente sconto di pena¹⁶.

La stessa norma comportò un importante cambiamento anche con riferimento all'ordinamento penitenziario a causa del nuovo art. 4 bis o.p. che, nella sua formulazione originaria, comprimeva l'accesso alle misure alternative e agli altri istituti premiali per gli autori di reati di criminalità organizzata non in grado di dimostrare il venir meno della loro pericolosità sociale.

Verso la fine del 1991 venne approvato un terzo provvedimento che operava questa volta su profili eminentemente processuali; accogliendo le richieste di molti magistrati, il legislatore decise di istituire organi specializzati a indagare questo particolare tipo di criminalità¹⁷.

Il d.l. 20 novembre 1991, n. 367, conv. in l. 20 gennaio 1992, introdusse le D.D.A. (Direzioni Distrettuali Antimafia), istituite presso le procure dei capoluoghi dei distretti di corte d'appello, quali uffici del pubblico ministero titolari per tutti i procedimenti relativi a criminalità di stampo mafioso circoscritti al distretto; il necessario coordinamento a livello nazionale tra le diverse D.D.A. venne poi assicurato dalla creazione della D.N.A. (Direzione Nazionale Antimafia) e presieduta dal c.d. Procuratore Nazionale Antimafia.

L'anno successivo, in seguito alla strage di Capaci, il Governo emanò il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 due settimane dopo la strage di via d'Amelio

Fu questo il provvedimento maggiormente avversato dagli stessi esponenti di Cosa Nostra, perché introdusse nel nostro ordinamento una vera e

14 DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 108 ss.

15 CASELLI G., INGROIA A., *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori della giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni di emergenza*, in GREVI V. (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Bari, Laterza, 1987, p. 195 ss.

16 La norma, come si vedrà, era in realtà più complessa, perché prevedeva anche un elevato aumento di pena a carico di autori di delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle modalità di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare le attività di tale tipo di associazione, secondo quanto stabilito dall'art. 7 del d.l. 152/1991.

17 FALCONE G., *Cose di Cosa Nostra*, cit., p. 161 ss.

propria forma di esecuzione penitenziaria alternativa per determinati soggetti considerati estremamente pericolosi¹⁸.

Due gli elementi di maggiore novità: venne modificato l'impianto dell'art. 4 bis o.p., in quanto si stabiliva il divieto di accesso alle misure extramurarie di esecuzione della pena detentiva per i condannati per reati di mafia che non collaboravano proficuamente con la giustizia secondo la definizione di 'utile collaborazione' fornita dall'art. 58-ter o.p.¹⁹; venne inserito *ex novo* un comma 2 nel testo dell'art. 41-bis o.p., che prevede un regime intramurario particolarmente gravoso per i detenuti accusati o condannati per uno dei reati rispetto a cui erano stabilite le limitazioni di cui all'art. 4-bis o.p.

Tale previsione normativa fu introdotta con il fine mirato di ridurre, se non eliminare, le possibilità di contatto tra gli stessi detenuti all'interno del circuito penitenziario e, soprattutto, tra i detenuti e il mondo esterno.

Ciò non per ragioni di tipo meramente afflittivo, ma per ostacolare i contatti con gli ambienti criminali di provenienza. Era prassi infatti che tali soggetti si servissero ad esempio dei colloqui con i familiari non tanto per mantenere con essi una sfera di tipo affettivo, quanto per tenersi aggiornati sugli avvenimenti del *clan* di origine e impartire eventuali direttive²⁰.

2. Rinvio

Si è così fornito un primo sguardo d'insieme rispetto alle tematiche che verranno più approfonditamente affrontate, senza pretesa alcuna di esaustività, nei capitoli seguenti.

Non essendo possibile analizzare in questa sede tutti gli strumenti che il nostro ordinamento appronta per combattere la criminalità organizzata di stampo mafioso si è scelto di focalizzare l'attenzione solo su alcuni di essi.

Si tratta, come è ovvio, di una scelta discrezionale, non certo volta a sottolineare l'importanza di taluni rispetto ad altri, nella piena consapevolezza che, anzi, ognuno degli istituti di cui si tratterà debba essere considerato nell'ottica di un'azione integrata e strettamente connessa con tutti gli altri strumenti previsti dal nostro ordinamento al fine di osteggiare il fenomeno mafioso.

18 DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, cit., p.110.

19 Si riporta di seguito la definizione di 'utile collaborazione' a norma del succitato art. 58-ter o.p.: collaborano con la giustizia "coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati".

20 DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis, comma 2, o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Atti del Quinto Ginnasio dei penalisti, Pisa, 9 e 10 novembre 2012, Torino, Giappichelli, 2013, p. 124.

La storia di Cosa Nostra non si ferma certo ai primi anni '90 e prosegue con vicende alterne fino ai giorni nostri.

Questa breve disamina aveva il solo scopo di consentire una panoramica sugli avvenimenti che maggiormente hanno influito sulle scelte del legislatore.

Giova, poi, precisare che gli istituti di cui si parlerà, pur essendo stati concepiti in origine per frenare innanzitutto la violenta avanzata della mafia siciliana, sono stati concretamente utilizzati per arginare i fenomeni di criminalità organizzata in senso lato, con riferimento quindi ad altre associazioni a delinquere di stampo mafioso, come la Camorra, la 'Ndrangheta, la Sacra Corona Unita, la Stidda e, da ultimo, Mafia capitale.

Capitolo 1

LA COLLABORAZIONE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Inquadramento - 2. Nascita ed evoluzione del fenomeno collaborativo - 3. Disciplina legislativa - 3.1. Il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8: l'introduzione del programma di protezione - 3.1.1. Il contenuto del programma di protezione - 3.2. La prima fattispecie premiale: la circostanza attenuante prevista dall'art. 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 - 3.3. L'introduzione dell'art. 58-ter o.p. - 3.4. La collaborazione di giustizia nel vigore della l. 82/91 e della l. 203/91 - 3.4.1. Dati statistici - 3.5. Il dibattito precedente all'emanazione della l. 13 febbraio 2001, n. 45 - 3.6. Le principali modifiche apportate dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45 - 3.6.1. I benefici penitenziari - 4. La situazione successiva all'entrata in vigore della l. 45/01 - 5. Il contributo della dottrina - 5.1. Il dibattito precedente all'emanazione della l. 82/91 e della l. 203/91 - 5.1.1. Il dibattito sull'opportunità di disciplinare la figura del 'pentito' di mafia - 5.1.2. Il dibattito in merito all'utilità dei collaboratori di giustizia - 5.1.3. Il dibattito sulla necessità di introdurre previsioni premiali - 5.2. Il dibattito successivo all'emanazione della l. 82/91 e della l. 203/91 - 5.2.1. L'approccio critico di Alessandro Bernasconi - 5.2.2. L'analisi propositiva di Paolo Giordano - 5.3. Le posizioni seguenti all'introduzione della l. 45/01 - 5.3.1. L'analisi critica di Carlo Ruga Riva - 5.3.2. Il commento di Fabio Fiorentin - 5.3.3. Conclusioni - 6. Giurisprudenza. Rinvio - 7. La difficoltà di intraprendere la scelta collaborativa - 7.1. Un caso emblematico: la storia di A. - 8. Considerazioni finali

1. Inquadramento

La disciplina della collaborazione di giustizia è preliminare sotto due profili: innanzitutto, rispetto alla trattazione dei limiti all'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari previsti all'art. 4-bis o.p.²¹; in secondo luogo, rispetto a quella del regime detentivo speciale stabilita a norma dell'art. 41-bis o.p: tale istituto nasce infatti in un tempo cronologicamente anteriore ed è presupposto

²¹ D'ora in avanti si utilizzerà l'abbreviazione o.p. per facilità di lettura; si ci riferisce, ovviamente, alla l. 26 luglio 1975, n. 354.

concettuale per il superamento delle restrizioni sancite ex artt. 4-bis e 41-bis o.p.²²

Per questa ragione si è scelto di affrontare subito l'analisi dell'istituto della collaborazione di giustizia, rimandando ai successivi capitoli la trattazione degli altri istituti di diritto penitenziario.

Da un punto di vista teorico è sempre stato possibile per gli affiliati alle cosche collaborare con la giustizia; quello che semmai è mutato nel tempo è la considerazione che tale collaborazione ha assunto da parte del legislatore e, conseguentemente, la sua regolamentazione.

Ad oggi infatti la collaborazione di giustizia non rappresenta più soltanto una possibilità rimessa alla libera scelta del soggetto, costituendo bensì un vero e proprio strumento di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa e trovando puntuale definizione nel nostro ordinamento.

Accortosi dell'importanza delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia per conoscere e smembrare siffatte organizzazioni criminali, il legislatore ha introdotto una serie di norme volte a favorire, se non coartare, il fenomeno del 'pentitismo'.

Nell'usare questo termine non si intende cadere nel tranello di chi crede che 'pentito' sia colui che, dissociandosi dal gruppo criminale di appartenenza, compia una scelta valoriale volta all'emenda morale.

Giova fin da subito precisare infatti che tale impostazione nasce da un equivoco semantico e non verrà qui abbracciata: se è vero che la parola 'pentito' rievoca l'idea di un travaglio interiore sfociato in una redenzione del soggetto coinvolto²³, siffatto impianto deve essere completamente rigettato.

Pur non essendo inverosimile che tale scelta abbia fondamenta di tipo etico, non è scopo precipuo del sistema penale quello di condurre i soggetti a compiere un simile tipo di percorso²⁴.

L'ordinamento si limita a favorire la collaborazione di giustizia in quanto strumento di contrasto al dilagare del fenomeno mafioso, non rilevando in questo senso chiarire quali siano le motivazioni che hanno condotto un

22 PRESUTTI A., *'Alternative' al carcere e regime delle preclusioni*, in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1994, p. 64.

23 SASSANO F., *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 3.

24 Tale concetto è stato ribadito in più occasioni anche dalla giurisprudenza; si veda su tutte la sent. 1/99 della Corte di Assise di Palermo, II Sezione, di cui viene qui riproposto un passaggio: "il legislatore non ha affatto inteso il 'pentimento' come fatto interiore di sincera resipiscenza, prevedendo una normativa premiale che prescinde totalmente dall'accertamento (peraltro impossibile) del ripudio morale dei fatti oggetto di propalazione e che, comunque, incentiva le collaborazioni che pure siano dettate da mere considerazioni utilitaristiche".

determinato soggetto a compiere tale scelta, siano esse di tipo etico o, più semplicemente di tipo utilitaristico²⁵.

In questo capitolo si cercherà, dunque, di delineare innanzitutto il percorso storico che ha condotto a considerare così rilevante la collaborazione di giustizia; in secondo luogo verrà tratteggiato tale istituto e ne verrà descritta la relativa disciplina; infine, saranno presentate le diverse posizioni della dottrina nonché gli orientamenti della giurisprudenza che si sono susseguiti nel tempo.

2. Nascita ed evoluzione del fenomeno collaborativo

Come è noto, le organizzazioni criminali di stampo mafioso hanno quale cifra distintiva l'assoluta omertà dei propri affiliati; una volta entrati a far parte di una cosca non è possibile uscirne, né tanto meno raccontare a terzi quello che accade al suo interno²⁶: vige un generale obbligo di mantenere il silenzio e nessuno sembra voler mettere a repentaglio la propria incolumità e quella dei familiari trasgredendo a tale precetto²⁷.

Tradizionalmente i libri di testo fanno coincidere la nascita della collaborazione di giustizia quale strumento sistematico di contrasto a tale forma di crimine organizzato con le dichiarazioni rese da Tommaso Buscetta a partire dal 1984.

In realtà, volendo essere più precisi, ben prima si erano registrate manifestazioni di collaborazione da parte di esponenti di Cosa Nostra e di altri gruppi criminali radicati nel Mezzogiorno²⁸, ma non erano state prese in considerazione perché non sistematiche e dettagliate come quelle di Buscetta nonché perché tali dichiarazioni provenivano da soggetti considerati poco attendibili.

Un elemento non secondario era poi rappresentato dal fatto che per molto, troppo, tempo lo Stato sembrava non voler mettere in campo un'azione organica di repressione del fenomeno mafioso e molti episodi cruenti non

25 LUPO S., *Alle origini del pentitismo: politica e mafia*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 2006, p. 127.

26 Per una lettura in chiave sociologica del tema del silenzio si rimanda a: DINO A., *Il silenzio infranto*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. IX ss.

27 Il rituale di affiliazione alla mafia siciliana è suggestivamente descritto in: FALCONE G., PADOVANI M., *Cose di Cosa Nostra*, cit. p. 97 ss. Ne citiamo un breve, significativo, passaggio: "Mentre l'indice dell'iniziato viene punto, il rappresentante gli ingiunge in tono severo di non tradire mai, perché si entra in Cosa Nostra col sangue e se ne esce solo col sangue."

28 Si può ad esempio ricordare il caso di Serafino Castagna, affiliato alla 'Ndrangheta, che consegnò alla polizia un elenco degli appartenenti alla mafia calabrese già alla fine degli anni '50; è però bene ricordare che in quest'area del Paese il fenomeno collaborazionista ebbe sempre carattere episodico e non riuscì mai a destabilizzare realmente il potere interno ai clan. Il caso Castagna è rievocato in: GRATTERI N., NICASO A., *Fratelli di sangue*, Milano, Mondadori, 2010.

venivano ricondotti all'interno di un unico e complesso schema mafioso, ma erano considerati in maniera isolata.

Già nel 1973 il mafioso Leonardo Vitale aveva offerto una serie di informazioni che sarebbero state successivamente confermate dalle rivelazioni di Buscetta e aveva messo in luce uno degli elementi che maggiormente potevano costituire un deterrente rispetto alla volontà di collaborare: la totale mancanza di strumenti di protezione messi a disposizione dallo Stato nei confronti di coloro che dall'interno di Cosa Nostra decidevano di parlare²⁹.

Affetto da psicopatia, venne rinchiuso in un manicomio del messinese; successivamente fu condannato a seguito delle proprie confessioni auto-accusatorie e scarcerato nel 1984; infine fu assassinato dalla mafia per aver reso dichiarazioni anni addietro³⁰: l'obbligo del silenzio è nell'ottica mafiosa un precetto fondamentale e la sua violazione non può rimanere mai priva di sanzione.

Questa considerazione non toglie nulla all'importanza delle dichiarazioni rese successivamente da Tommaso Buscetta, di cui si è già narrato nelle pagine introduttive, ma denota come a lungo le istituzioni abbiano ignorato importanti segnali derivanti proprio da membri delle cosche.

Arriviamo dunque al 1984. Tommaso Buscetta, scappato in Brasile perché latitante, e membro di un cosca avversaria a quella dei 'Corleonesi'³¹, fu vittima di una serie di vendette trasversali che colpirono praticamente tutta la sua famiglia; nel giro di pochissimo tempo gli vennero uccisi una dozzina di parenti, tra cui due figli (scomparsi, i cui corpi non furono mai rinvenuti), un fratello, un genero, un cognato e quattro nipoti.

Fu a questo punto che cominciò a dare segni di voler collaborare³², ma esplicitò la volontà di interagire a questo fine solo col giudice Giovanni Falcone, l'unico del quale si fidasse e al quale intendesse raccontare le dinamiche interne all'associazione criminale di appartenenza.

Svelò per la prima volta il nome di tale organizzazione, Cosa Nostra, il modo in cui vi si entrava a far parte e spiegò nel dettaglio i rapporti tra i diversi

29 FALCONE G., PADOVANI M, *Cose di Cosa Nostra*, cit., p. 64.

30 Il contributo di Leonardo Vitale è ricordato tra gli altri in: DINO A., *Il silenzio infranto*, cit., p. XII.

31 Della 'seconda guerra di mafia', da cui uscì vincitrice la fazione corleonese, si è già narrato nell'introduzione.

32 Buscetta non scelse di collaborare in seguito a un cambiamento di tipo etico: come da egli stesso dichiarato al giudice Falcone, la sua decisione era maturata in esito all'assassinio di quasi tutti i suoi familiari ordinato da Salvatore Riina, nuovo capo della 'Cupola' palermitana. Riteneva, infatti, che la mafia avesse mutato fisionomia e che questa 'nuova mafia' si ponesse di fatto in contrasto con i principi della 'vecchia mafia', caratterizzata dal "ricorso alla violenza come *extrema ratio*" e dal "trionfo del principio della mediazione". Buscetta non si percepiva affatto come traditore o come pentito ed era convinto che le sue dichiarazioni fossero utili a sradicare quel mostro che era diventata Cosa Nostra con l'avvento dei 'Corleonesi'. Di tutto ciò dà conto Salvatore Lupo in: LUPO S., *Alle origini del pentitismo: politica e mafia*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. 125 ss.

esponenti, gli affari e le relative modalità di svolgimento; fece i nomi dei mandanti di numerosi agguati mafiosi, contribuendo a risolvere delitti rimasti sino ad allora senza autore. Raccontò in modo dettagliato il funzionamento dell'organizzazione, dando contezza del radicamento della mafia nel territorio e della rete di soggetti coinvolti.

L'unico profilo sul quale decise di non indugiare fu il rapporto tra Cosa Nostra e lo Stato. Suo timore era che le proprie dichiarazioni potessero essere travolte e considerate non attendibili se avesse riferito delle collusioni di esponenti dello Stato, in particolare del mondo politico, con Cosa Nostra³³.

A partire dalle dichiarazioni di Buscetta fu possibile ricostruire un mondo rimasto a lungo semi-sconosciuto³⁴ e questo ebbe immediate ripercussioni pratiche: il 'pool antimafia' condusse una lunga inchiesta che sfociò nell'istruzione del c.d. 'maxiprocesso'³⁵, il più imponente processo penale mai celebratosi, per il quale fu appositamente costruita un'aula bunker adatta a contenere diverse centinaia di persone tra imputati, difensori e giudici, sorta a fianco del carcere dell'Ucciardone a Palermo.

Si capì ben presto che le dichiarazioni di Buscetta e compagni non dovevano rimanere un episodio isolato, e anzi si intese valorizzare la collaborazione di giustizia come fondamentale e indefettibile strumento di contrasto al fenomeno mafioso.

Le richieste dei magistrati, rimaste a lungo inascoltate³⁶, furono finalmente accolte con l'introduzione di una serie di novelle legislative di carattere emergenziale, che regolamentarono la collaborazione di giustizia sulla falsariga di quanto già previsto in tema di istituti premiali per combattere il terrorismo

33 Tali perplessità si dimostrano fondate quando diversi anni dopo cominciarono ad emergere le connivenze tra politica e mafia. Le relazioni tra questi due mondi, fino ad allora sospettate, diventarono oggetto di processi a seguito delle dichiarazioni di diversi 'pentiti'; si può ricordare a questo proposito il processo a Giulio Andreotti, presidente del Consiglio per sette volte, accusato di associazione a delinquere di stampo mafioso, imputazione mutata *in itinere* in concorso esterno in associazione mafiosa, e infine prosciolto per intervenuta prescrizione del reato e assolto in relazione ai fatti successivi al 1980. Su questo caso si giocò quella che Francesco La Licata definì la 'battaglia garantista' dell'intera classe politica, unanime nel ritenere inattendibili i collaboratori di giustizia quando riferiscono delle relazioni con le istituzioni. Per un approfondimento di questa ed altre vicende si rimanda a: LA LICATA F., *Mafia, politici, pentiti*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. 80.

34 Come suggestivamente fatto notare dallo studioso Umberto Santino, per alcuni la conoscenza dei fenomeni mafiosi conobbe in quel momento uno spartiacque così riassumibile: a. B. (avanti Buscetta) e d. B. (dopo Buscetta). Come più volte ribadito, le sue dichiarazioni uscirono dall'anonimato che aveva caratterizzato quelle di altri soggetti e si imposero per pregnanza e abbondanza di particolari. A questo proposito un interessante rimando sitografico è: www.kainos-portale.com/index.php/malavita-editoriale-e-indice/85-emergenze12/249-intervista-a-umberto-santino.

35 Anche del 'maxiprocesso' si è parlato nel capitolo introduttivo.

36 La già citata vicenda di Leonardo Vitale è emblematica della diffidenza che circondava la figura del 'pentito', considerato personaggio mentalmente instabile e, dunque, non credibile.

eversivo³⁷, nonostante le resistenze di parte della dottrina e del mondo politico³⁸.

In particolare, il primo meccanismo di incentivazione processuale e penitenziaria a collaborare con riferimento alla criminalità mafiosa fu istituito con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, che disciplinava un'apposita fattispecie premiale per i dissociati dalle organizzazioni mafiose; tale disciplina era stata, peraltro, anticipata dal d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. in l. 15 marzo 1991, n. 82, recante norme per la protezione dei collaboratori di giustizia.

Come si avrà modo di vedere al termine di questo capitolo, parte della dottrina penalistica si oppose fortemente all'introduzione di tali istituti premiali, e una cospicua fetta di opinione pubblica non vide di buon occhio la possibilità che i 'pentiti di mafia' potessero godere di sconti di pena rilevanti, soprattutto qualora si fossero in precedenza macchiati di gravi fatti di sangue.

Lo Stato aveva, però, preso coscienza della necessità di dare una risposta immediata al dilagare del fenomeno mafioso: incentivare la collaborazione di giustizia si dimostrò una mossa azzeccata, perché fu chiaro ai boss mafiosi che Cosa Nostra (così come le altre mafie) non era più un'organizzazione impenetrabile e che si era trovato l'*escamotage* per spezzare i vincoli omertosi che ne rappresentavano tradizionalmente il tratto distintivo³⁹.

Un'altra importante novità legislativa venne infine introdotta con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 336, che comportò

37 Si ci riferisce peculiarmente alla l. 30 dicembre 1980, n. 894 con la quale vennero introdotti, tra le altre cose, sensibili sconti di pena per i terroristi disposti a collaborare con la giustizia.

38 Il dibattito sulla necessità o meno di introdurre elementi di incentivazione alla collaborazione di giustizia si è sempre focalizzato sulla presunta diversità ontologica tra criminalità organizzata di stampo eversivo ovvero di stampo mafioso; mentre nel primo caso si ci rapporta con gruppi dichiaratamente sovversivi i cui propositi sono di ribaltamento dello stato democratico, la criminalità mafiosa è parte integrante del tessuto economico e sociale e poggia su un assunto fondamentale: chi entra nella mafia non può uscirne. Da questa differenza strutturale deriverebbe la necessaria non sovrapposibilità delle figure di 'pentito': chi fa parte di un gruppo criminale connotato politicamente può rendersi conto del fallimento dell'ideologia a questo sottesa e decidere di recedere liberamente dal vincolo associativo; al contrario, la collaborazione di un 'pentito di mafia' non può essere mai genuina, perché i membri dell'organizzazione sono consci del pregiudizio personale e familiare a cui si esporrebbero e le dichiarazioni potrebbero essere fortemente contaminate da questo elemento, oltre al fatto che un 'pentito di mafia' non mette mai in discussione la bontà dell'organizzazione e collaborerebbe solo per ottenere vantaggi in termini egoistici. Per un approfondimento si rimanda a: CASELLI G. C., INGROIA A., *Normativa premiale*, cit., p. 199 ss; più recentemente: D'AMBROSIO L., *Testimoni e collaboratori di giustizia*, Padova, Cedam, 2002, p. 15.

39 È lo stesso Salvatore Riina a costituire una delle rappresentazioni più tangibili di ciò: si era talmente reso conto dell'importanza che avevano i 'pentiti' nella destabilizzazione dell'ordine interno a Cosa Nostra, che era per lui divenuto di vitale importanza fare in modo che la disciplina della collaborazione di giustizia venisse abrogata. Per usare le sue stesse parole riferite al fatto che le inchieste non avrebbero potuto portare a risultati senza i 'pentiti': "Si poteva mettere tutto il mondo contro di noi e non ci poteva fare niente". Così riportato in: Corte di Assise di Caltanissetta, sent. n. 23/99 Reg. Sent. n. 29/97 R.G.C.Ass, Procedimento Penale a carico di Agate Mariano + 26.

l'inasprimento delle pene per i 'mafiosi irriducibili' e, sul versante opposto, ulteriori benefici per i 'mafiosi dissociati'⁴⁰.

La disciplina della collaborazione di giustizia non è da allora rimasta immutata ed è stata radicalmente innovata all'inizio del nuovo millennio con la l. 13 febbraio 2001, n. 45, che venne emanata in seguito a un lungo dibattito parlamentare.

Ma andiamo con ordine.

3. Disciplina legislativa

Nell'affrontare il delicato tema della collaborazione di giustizia è necessario in via pregiudiziale sottolineare la differenza sostanziale che intercorre tra i soggetti per l'appunto detti 'collaboratori' e i soggetti che più propriamente vengono definiti 'testimoni di giustizia'.

Come si vedrà, con la l. 13 febbraio 2001, n. 45., intervenuta a modificare la disciplina previgente, sono state disciplinate differientemente queste due posizioni in ragione della profonda eterogeneità che ne contraddistingue natura e condizione: mentre i collaboratori di giustizia decidono di rompere il *pactum sceleris* e raccontare ciò di cui sono a conoscenza per fini essenzialmente utilitaristici, i testimoni di giustizia sono individui che normalmente nulla hanno a che vedere con l'organizzazione criminale di cui riferiscono, e che spesso si sono imbattuti con essa in circostanza fortuite o per ragioni professionali.

Si tratta di cittadini incensurati, per lo più commercianti e imprenditori, ma anche testimoni oculari di omicidi, i quali intendono ribellarsi al sistema mafioso, che inquina la società civile e che si insinua viscidamente nell'economia legale.

In questo secondo caso evidentemente la scelta di testimoniare non è dettata da interessi di circostanza, ma è il frutto della volontà di riaffermare la legalità: i testimoni di giustizia mettono a repentaglio la propria stessa vita e quella dei cari in nome di un ideale di libertà.

Sarebbe molto interessante trattare più approfonditamente dei testimoni di giustizia, ma in questa sede ci si limiterà ad analizzare l'istituto della collaborazione propriamente intesa, il quale comporta complessi risvolti sul piano processual-penalistico e penitenziario.

Giova allora fin da subito precisare che la condotta collaborativa può concretamente dispiegarsi in tre modalità differenti⁴¹:

40 I contenuti di questa legge non saranno però trattati in questa sede e verranno analizzati nei due capitoli successivi, dal momento che ineriscono più strettamente gli artt. 4-bis e 41-bis o.p.

41 Viene qui utilizzata una tripartizione classica e rievocata in: SASSANO F., *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia*, cit., p. 6. Allo stesso modo Carlo Ruga Riva distingue i tre tipi di collaborazione processuale indicandoli con nomi diversi: collaborazione interna *contra se*, collaborazione esterna *contra alios* e collaborazione interna *contra alios*.

- la confessione, allorquando il dichiarante riferisca di aver commesso un fatto penalmente rilevante e da ciò possa scaturire la persecuzione dello stesso, con conseguente ammissione di responsabilità personale;
- la testimonianza, allorquando il collaboratore indichi in altri soggetti gli autori di un reato ovvero coadiuvi gli inquirenti nella ricerca delle prove;
- la chiamata di correo, che costituisce in qualche modo la somma delle due ipotesi precedenti e che si inverte allorquando il dichiarante riferisca su fatto proprio e altrui, ammettendo la propria responsabilità e coinvolgendo soggetti terzi quali compartecipi del reato.

Inoltre è importante visualizzare lo schema seguito dal legislatore, il quale ha deciso di disciplinare la materia intervenendo in più ambiti che, pur venendosi operativamente a intrecciare, godono di autonomia concettuale.

Si tratta di quelli che la dottrina ha nominato i 'quattro momenti'⁴² della legislazione sui collaboratori di giustizia, così sintetizzabili:

- il 'momento tutorio e assistenziale', consistente in un pacchetto di norme volte a garantire l'incolumità dei collaboratori di giustizia e dei relativi familiari nonché la loro assistenza economica, ove necessaria;
- il 'momento di diritto penale sostanziale', rappresentato dalle norme che incidono direttamente sul piano della repressione dei reati;
- il 'momento di diritto penale processuale', attraverso cui si regolamentano dettagliatamente le forme e le modalità di acquisizione, utilizzazione e valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori;
- il 'momento penitenziario', centrale in questa trattazione, che si concretizza nella possibilità per il collaboratore di fruire di ingenti benefici in fase esecutiva.

I diversi 'momenti' sono stati normati con più provvedimenti, spesso soggetti a modifica, non necessariamente ciascuno focalizzato su un particolare aspetto.

Si tratta, dunque, di una semplificazione con valore sostanzialmente esplicativo.

Fatte queste premesse si può ora passare a trattare la disciplina legislativa di questo istituto alla luce delle modifiche che negli anni ne hanno mutato la fisionomia; a questo fine verranno forniti dati numerici che diano l'idea della vastità del fenomeno collaborativo.

Per un approfondimento si rimanda a: RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 13.

42 È questa una ripartizione comune a tutti gli autori. In questo caso si è fatto riferimento a: D'AMBROSIO L., *Testimoni e collaboratori di giustizia*, cit., pp. 28-29.

3.1. Il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8: l'introduzione del programma di protezione

“Provate a mettervi al loro posto: erano uomini d'onore, riveriti, stipendiati da un'organizzazione più seria e più solida di uno Stato sovrano, ben protetti dal loro infallibile servizio d'ordine, che all'improvviso si trovano a doversi confrontare con uno Stato indifferente, da una parte, e con un'organizzazione inferocita per il tradimento, dall'altra⁴³.”

Con queste parole Giovanni Falcone spiegava la necessità, non più procrastinabile, di introdurre una disciplina finalizzata alla protezione dei collaboratori di giustizia.

In seguito all'omicidio dei giudici Rosario Livatino⁴⁴ e Rocco Chinnici⁴⁵, il legislatore decise di superare la tradizionale diffidenza che coinvolgeva la categoria dei 'pentiti' e introdusse per la prima volta nel nostro ordinamento una legge che aveva quale scopo dichiarato la predisposizione di un sistema di protezione nei confronti dei mafiosi che intendevano collaborare con la giustizia.

In realtà lo strumento giuridico utilizzato fu dapprima un decreto legge, il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito successivamente nella l. 15 marzo 1991, n. 82.

Può far sorridere il fatto che il legislatore abbia deciso di introdurre tale disciplina utilizzando un decreto che, come tale, dovrebbe essere limitato in presenza delle condizioni di necessità e urgenza previste dall'art. 77 Cost., quando, notoriamente, il fenomeno mafioso non aveva carattere emergenziale e aveva avuto terreno fertile per crescere ed espandersi sempre più grazie all'inerzia della classe politica.

In particolare, il d.l. 8/91 recava “Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia”. Non ci si occuperà in questa sede della disciplina inerente i sequestri di persona e si focalizzerà l'attenzione sul corpo normativo più strettamente riguardante le misure tutorie e assistenziali a favore dei 'mafiosi dissociati' passati dalla parte dello Stato (Capo II, artt. 9- 13-ter).

L'art. 10 del d.l. 8/91 prevedeva che, nel caso le misure di tutela adottabili, ai sensi delle norme vigenti⁴⁶, “non siano ritenute adeguate al fine di assicurare

43 FALCONE G., PADOVANI M., *Cose di Cosa Nostra*, cit., p. 68.

44 Il giudice Livatino venne ucciso a soli 38 anni il 21 settembre 1990 mentre si recava al Tribunale di Agrigento da quattro sicari assoldati dalla Stidda, organizzazione mafiosa operante nell'agrigentino e in contrasto con la più famosa Cosa Nostra.

45 Il giudice Rocco Chinnici, ideatore del 'pool antimafia' di Palermo, fu ucciso il 29 luglio 1983. Antonino Madonia, sicario di Cosa Nostra, imbottì un'auto con 75 kg di esplosivo e la fece esplodere davanti all'abitazione del magistrato. Nell'attentato furono coinvolte mortalmente altre tre persone: il portiere dello stabile e due agenti di scorta.

46 Si ci riferisce, in particolare, alla previsione di cui all'art. 1-ter, comma 3 della l. 486/88, con cui venivano attribuiti all'Alto Commissariato per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa poteri molto vaghi di concessione di misure volte ad assicurare l'incolumità dei collaboratori di giustizia e dei loro familiari, che fossero esposti a grave pericolo in seguito alle dichiarazioni fornite da questi all'autorità giudiziaria.

l'incolumità dei soggetti elencati nell'art. 9⁴⁷ e il pericolo derivi dagli elementi forniti o che essi possono fornire per lo sviluppo delle indagini o per il giudizio, può essere definito uno speciale programma di protezione, comprendente, se necessario, anche misure di sicurezza”.

Concretamente il nuovo sistema, successivamente modificato nel 2001, introduceva il c.d. sistema di protezione speciale, applicabile in seguito a un laborioso *iter* amministrativo.

A norma dell'art. 11, comma 1, il potere di avanzare la richiesta di concessione del programma fa ancora oggi sostanzialmente capo al Procuratore della Repubblica titolare dell'ufficio presso cui è radicato il procedimento interessato.

Destinatario della proposta e titolare del concreto potere di concessione è la Commissione centrale di protezione; tale organo si compone di un sottosegretario di Stato, che ne è il presidente, due magistrati di comprovata esperienza nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata e, da ultimo, cinque funzionari e ufficiali di polizia giudiziaria esperti del ramo.

Il contenuto del programma concretamente adottato è determinato da un decreto del Ministro degli Interni di concerto con il Ministro della Giustizia, sentiti i pareri del Comitato nazionale dell'ordine e della sicurezza pubblica e la stessa Commissione centrale di protezione.

3.1.1. Il contenuto del programma di protezione

Brevemente vediamo ora cosa prevede un programma di protezione⁴⁸ e quali cambiamenti porta nella vita dei suoi beneficiari.

Due sono gli elementi più significativi: i soggetti, siano essi il collaboratore ovvero i suoi prossimi congiunti, vengono trasferiti in località più sicura e considerata al riparo da potenziali atti ritorsivi; in secondo luogo, viene garantito l'anonimato delle persone coinvolte: a questo fine è consegnato loro un documento di copertura e viene eletto domicilio presso pubblici uffici.

Questo rappresenta il contenuto ordinario di un programma di protezione: vi sono casi in cui l'esposizione al pericolo è, però, così alta da rendere necessario rimodulare il programma, il cui contenuto diviene allora straordinario, attraverso una previsione molto drastica quale è il mutamento definitivo delle generalità.

47 Prima della riforma del 2001 si trattava di coloro che versavano in una situazione di grave e attuale pericolo per effetto della collaborazione svolta relativamente a uno dei delitti indicati dall'art. 380 c.p.p. , ovvero quelli per cui è previsto l'arresto in flagranza. Il comma del medesimo articolo estendeva opportunamente tale disciplina ai conviventi e ai prossimi congiunti del dichiarante.

48 La disciplina dettagliata è analizzata in: RIOLO S., *La legislazione premiale antimafia*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. 23 ss.

Un altro elemento tipico, ma non necessario, del programma di protezione è costituito dalla previsione di misure di assistenza economica, in cui sono di norma ricomprese le spese di alloggio e di trasferimento, le spese sanitarie, di assistenza legale nonché un assegno di mantenimento a favore dei soggetti interessati dal programma di protezione, a cui viene così garantito di condurre una vita dignitosa nel caso in cui non sia loro possibile lavorare⁴⁹.

Questi e altri considerevoli profili sono stati oggetto di modifica da parte del legislatore, che, come si vedrà, ha radicalmente mutato l'impianto della l. 82/91 all'inizio del nuovo millennio.

3.2. La prima fattispecie premiale: la circostanza attenuante prevista dall'art. 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152

Come si è precedentemente ricordato, la prima fattispecie premiale prevista specificamente per i collaboratori di giustizia di tipo mafioso fu introdotta nel nostro ordinamento con la decretazione d'emergenza dei primi anni '90.

L'art. 8 del più volte citato d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, prevede tuttora testualmente che "per i delitti di cui all'art. 416-bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato⁵⁰ che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta degli elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà".

Come si può evincere dalla lettura della norma, il legislatore ha inteso concedere tale circostanza attenuante solamente quando la collaborazione di

49 Come si vedrà, rappresenta questo il tasto più dolente della normativa; non sono mancate, e non mancano tuttora, chiare prese di posizione contrarie al mantenimento dei collaboratori di giustizia. Tale contrarietà nasce dal timore che i 'pentiti' utilizzino lo strumento collaborativo al solo fine di ottenere la garanzia di un sostentamento erogato dallo Stato e dalla considerazione, più di ordine etico che giuridico, che persone che si sono macchiate di reati molto gravi non dovrebbero ottenere un trattamento privilegiato rispetto ai criminali comuni.

50 Il termine imputato è qui usato dal legislatore in maniera a-technica e non va, dunque, inteso secondo un'interpretazione letterale, pena conseguenze applicative non ammissibili. È evidente, ad esempio, che la collaborazione sarà più utilmente prestata nel caso di dichiarazioni rilasciate subito dopo il fermo o l'arresto, momento concettualmente e temporalmente precedente al rinvio a giudizio dell'indagato, col quale si fa coincidere l'acquisizione dello *status* di imputato da parte del soggetto interessato. Per un approfondimento in tal senso si veda: CASELLI G. C., INGROIA A., *Normativa premiale*, cit., p. 212; analoghe riflessioni sono contenute in: RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 77 ss.

giustizia sia idonea a impedire che l'attività criminosa possa essere portata a 'conseguenze ulteriori'⁵¹.

La collaborazione probatoria, volta a coadiuvare gli inquirenti nella raccolta degli elementi di prova e nell'individuazione degli autori dei delitti, non ha qui valore autonomo, ma rileva allorquando sia "suscettiva di interrompere l'iter criminoso, almeno nei limiti dell'impedimento dell'approfondimento dell'offesa"⁵².

La diminuzione viene, dunque, concessa in presenza di un fattivo ravvedimento, che compri la dissociazione rispetto all'organizzazione di provenienza; il legislatore considera proprio la collaborazione come il segnale più evidente del recesso del soggetto collaborante dal vincolo mafioso e individua in tale evenienza la volontà di un suo genuino pentimento.

In realtà, fuori da ogni ipocrisia, è chiaro che intento principale di una siffatta previsione premiale non è quello di promuovere un sincero ravvedimento degli affiliati, bensì quello di incoraggiare la collaborazione di giustizia, quale essenziale strumento di contrasto al crimine organizzato.

A questo fine è ovviamente necessario verificare, in via preliminare, che la scelta collaborativa sia personale e non pilotata (per quanto possa apparire paradossale) dall'organizzazione criminale stessa, orchestrata, magari, per fornire false informazioni e depistare gli inquirenti⁵³.

Merita inoltre qualche cenno la locuzione "elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati": secondo l'interpretazione maggioritaria tale dicitura dovrebbe ricondursi alla possibilità che le dichiarazioni del collaboratore vengano acquisite in una fase precedente a quella dibattimentale⁵⁴.

51 Si può qui ravvisare un elemento di differenziazione rispetto al modello di collaborazione previsto con riferimento alla criminalità organizzata di stampo eversivo: mentre in quel caso la scelta del legislatore era stata di presentare due alternative, ovvero la collaborazione volta ad evitare che l'attività criminosa sia portata a conseguenze ulteriori (collaborazione sostanziale) e la collaborazione finalizzata ad assistere gli inquirenti nell'identificazione o cattura dei concorrenti (collaborazione probatoria), nell'ipotesi di collaborazione di stampo mafioso si è semplicemente adottata la prima nozione; la collaborazione si esplica, quindi, come modalità di impedimento delle conseguenze ulteriori, o meglio, con la sua oggettiva idoneità al raggiungimento dello scopo. Così in: CASELLI G. C., INGROIA A., *Normativa premiale*, cit., p. 209.

52 CASELLI G. C., INGROIA A., *Normativa premiale*, cit., p. 210.

53 Tale eventualità si concretizzò, ad esempio, tra gli anni '80 e '90 quando il boss Raffaele Cutolo, leader di Nuova Camorra Organizzata, ordinò a una falange di suoi sottoposti già pluricondannati per associazione a delinquere di stampo camorristico di collaborare con la giustizia; ciò con lo scopo preciso di sviare le indagini e delegittimare le inchieste degli inquirenti coinvolgendo personaggi del tutto estranei, come il noto conduttore televisivo Enzo Tortora.

54 Come è noto, il legislatore, introducendo il rito di tipo accusatorio, ha inteso limitare la formazione della prova al dibattimento, che costituisce il cuore del processo penale. Non mancano, però, rilevanti eccezioni, come quella rappresentata dall'acquisizione della prova con incidente probatorio, ancora in corso di indagini preliminari.

Un'analisi completa non può poi dimenticare che la previsione di cui all'art. 8 si pone in posizione speculare rispetto a quella dell'art. 7 della stessa legge, al cui comma 1 il legislatore ha introdotto una circostanza aggravante per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale e per quelli perpetrati al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

La dottrina ha così cominciato a parlare di 'regime del doppio binario' per sottolineare "la divaricazione sempre più profonda che il legislatore ha attuato nel trattamento delle condotte collaborative e delle condotte «irriducibili»"⁵⁵.

La *ratio legis* si manifesta allora nella sua chiarezza: incentivare la collaborazione di giustizia prevedendo non solo sconti di pena a titolo premiale, ma anche paventando sanzioni più aspre per chi intenda rimanere fedele all'organizzazione criminale di provenienza e non voglia passare dalla parte dello Stato⁵⁶.

Come sarà dato modo di vedere nei prossimi capitoli, la stessa *ratio* e un'analoga tecnica legislativa si ravvisano anche in altri istituti, questa volta di tipo penitenziario⁵⁷: l'art. 4-bis o.p. prevede infatti la restrizione nella concessione dei benefici penitenziari e un aggravamento delle modalità esecutive con riferimento ai detenuti o internati per reati di criminalità organizzata, con la sola eccezione dei collaboratori di giustizia; al contempo non manca, però, di incentivare ulteriormente la collaborazione, introducendo a favore di questi soggetti altri vantaggi in termini di benefici penitenziari.

Allo stesso modo l'art. 41-bis o.p. prevede al comma 2 un regime detentivo di rigore per gli imputati e i condannati per reati di criminalità organizzata, evitabile solo in presenza di fruttuosa collaborazione, l'unica condotta che il legislatore ritenga idonea a dimostrare il distacco del soggetto dal gruppo criminale di appartenenza.

55 D'AMBROSIO L., *Testimoni e collaboratori di giustizia*, cit., p. 28. L'autore precisa, opportunamente, che la dottrina italiana utilizza quest'espressione anche con un significato diverso, ovvero per evidenziare l'esistenza di due regimi, uno ordinario e uno differenziato, che vengono applicati a seconda che si tratti di criminalità comune o di criminalità organizzata.

56 Tale *ratio* si evidenzia anche rispetto a un altro elemento: nel giudizio di bilanciamento delle circostanze l'aggravante di cui all'art. 7 non può soccombere rispetto a eventuali attenuanti, come fatto notare in: MANZIONE D., *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d. l. 152/91 e l. 20391): uno sguardo d'insieme*, in 'Leg. pen.', 1992, p. 844.

57 RIOLO S., *La legislazione premiale antimafia*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. 9. L'autrice spiega la scelta del diritto penitenziario quale sede naturale in cui trova collocazione la legislazione premiale con la considerazione che è in fase esecutiva che può essere valorizzato l'approccio special-preventivo della sanzione, ovvero il suo scopo rieducativo.

3.3. L'introduzione dell' art. 58-ter o.p.

Con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 è stata introdotta nell'ordinamento penitenziario una nuova rilevante norma: l'art. 58-ter.

Con tale previsione il legislatore ha stabilito che i limiti alla concessione dei benefici previsti per i condannati per taluno dei delitti di criminalità organizzata ex art. 4-bis o. p., comma 1, "non si applicano a coloro che , anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per la individuazione o la cattura degli autori dei reati".

Da sottolineare è, soprattutto, la scelta di ampliare la possibilità di collaborare con la giustizia pure dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, valorizzando anche in fase esecutiva la necessità di favorire il più possibile l'istituto della collaborazione quale ineliminabile strumento di contrasto al crimine di stampo mafioso in ogni momento.

La valutazione in merito alla oggettiva sussistenza di una condotta di tipo collaborativo è rimessa al Tribunale di sorveglianza, che decide, a norma dell'art. 58-ter, comma 2, assunte le "necessarie informazioni" e valutato il parere del Pubblico Ministero competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione.

Dell'art. 58-ter o.p. si avrà modo di parlare più approfonditamente nel capitolo successivo, al quale quindi si rimanda per un'analisi compiuta.

3.4. La collaborazione di giustizia nel vigore della l. 82/91 e della l. 203/91

Dopo aver tratteggiato il quadro normativo dettato dall'entrata in vigore della l. 82/91 e della l. 203/91, possiamo ora ad esaminare la situazione che si venne a creare successivamente.

La neonata disciplina sulla collaborazione di giustizia fu da subito applicata a numerosi casi.

Già dopo le dichiarazioni di Buscetta moltissimi altri mafiosi decisero di intraprendere il percorso collaborativo e questo *trend* conobbe una crescita apparentemente inarrestabile: l'esperienza del 'maxiprocesso' di Palermo (la cui istruzione si dovette in gran parte ad una attenta opera di riscontro delle dichiarazioni dei 'pentiti') aveva innescato un meccanismo di sgretolamento interno a Cosa Nostra, che fu costretta a riorganizzare le relazioni tra i propri affiliati.

La violazione dei vincoli omertosi divenne una costante, tanto da indurre la 'Cupola' a ristrutturare le proprie dinamiche e a modificare la gestione degli affari.

Se un tale sconvolgimento si era venuto a creare, ciò rappresentava il segno più tangibile del funzionamento della normativa: o almeno questo fu il pensiero dominante negli anni successivi all'introduzione della disciplina.

In realtà alcuni limiti si mostrarono proprio nella concreta applicazione delle norme: innanzitutto, non mancarono casi di falso 'pentitismo' che portarono a dubitare della bontà dell'istituto; in secondo luogo, apparve evidente che una crescita così sostenuta del numero di collaboratori avrebbe portato al collasso del sistema.

La ragione principale di questa crescita si doveva a una previsione normativa: l'art. 13-ter del d.l. 8 luglio 1992, n. 306 collegava la possibilità di fruire dei benefici penitenziari con l'essere stati ammessi a speciale programma di protezione⁵⁸: il legislatore aveva così impropriamente fatto coincidere 'momento tutorio' e 'momento penitenziario' con gravi conseguenze per la tenuta del sistema.

Se da una parte la finalità di incentivo a collaborare era stata raggiunta (almeno per quel che riguarda la mafia siciliana), d'altro canto si appalesò la necessità di selezionare con più accuratezza coloro che avevano diritto ad essere inseriti nel programma di protezione.

A metà degli anni '90 i soggetti sottoposti a protezione raggiunse e superò le mille unità e, con i familiari, non fu difficile arrivare a quasi settemila.

I costi di mantenimento sembravano esagerati e non sostenibili dallo Stato e gli atteggiamenti di taluni 'pentiti' non incoraggiarono certo un cambiamento d'opinione in questo senso.

Emblematico a questo proposito è il caso del mafioso Balduccio Di Maggio, che con le sue dichiarazioni aveva fortemente contribuito alla cattura di Salvatore Riina; come 'ringraziamento' lo Stato elargì a suo favore 500 milioni di lire, cosa che già di per sé fece scaturire non poche polemiche; ciò che esacerbò il dibattito tra favorevoli e contrari alla disciplina della collaborazione fu un altro evento che lo riguardò: nell'autunno del 1997 si scoprì che era divenuto capo di un nuovo *clan* mafioso, costituito con altri collaboratori di giustizia, la cui attività principale era rappresentata dalle estorsioni, ma che non disdegnava nemmeno crimini più gravi, persino l'omicidio.

La reazione dell'opinione pubblica e della classe politica non fu certo delle migliori: lo Stato locupletava di denaro un signore che non solo in passato si era macchiato di gravi delitti, ma anche successivamente aveva rotto i patti con la

58 Come vedremo in seguito, questa norma è stata abrogata con la l. 13 febbraio 2001, n. 45. Può essere utile riportarne qui la previsione originaria, che al comma 1 recitava: "Nei confronti delle persone ammesse a speciale programma di protezione l'assegnazione al lavoro all'esterno, la concessione di permessi premio e l'ammissione alle misure alternative alla detenzione (...) sono disposte sentita l'autorità che ha deliberato il programma, la quale provvede ad acquisire informazioni dal pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione".

giustizia, da cui era assistito, e aveva utilizzato il suo *status* di collaboratore per riaffermare la propria egemonia criminale⁵⁹.

La polemica, per certi versi fondata, divenne strumentale quando le dichiarazioni dei collaboratori fecero emergere inquietanti trame che coinvolsero esponenti di spicco della classe dirigente.

Il processo a Giulio Andreotti non è che il caso più significativo, ma molti altri furono gli esponenti della politica e delle istituzioni ad essere travolti da questa bufera e da accuse infamanti, come poteva essere quella di aver intrattenuto rapporti con cosche mafiose o addirittura di essere gli intermediari tra gli apparati statuali e i *clan*.

Anche se dimostrare in giudizio tali condotte non fu per niente facile e si cercò di screditare le dichiarazioni dei 'pentiti' tacciandole come inattendibili, emersero da subito responsabilità quantomeno morali e politiche.

La politica, che si sentì messa alla gogna e imputata nella sua interezza, reagì con un atteggiamento 'revanscista', di chiusura; fu questa probabilmente la molla che scatenò più di tutte l'intento di compiere un'accurata revisione della disciplina della collaborazione di giustizia.

3.4.1. Dati statistici

Alcuni dati possono essere utili per avere maggiore contezza della vastità del fenomeno collaborativo; nella tabella sottostante sono riportati i numeri dei collaboratori di giustizia dal 1995 al 2000, che rappresentò il lustro più fruttuoso probabilmente anche a causa dell'attenzione mediatica e giudiziaria che era stata posta rispetto al tema del contrasto alle mafie.

I dati sono stati espunti dalla rielaborazione delle *Relazioni sulle speciali misure di protezione* redatte semestralmente dal Ministero dell'Interno⁶⁰ e presentate dal ministro di riferimento in Parlamento.

Anno	Cosa Nostra	Camorra	'Ndrangheta	S. C. U.*	Altri gruppi	Totale
1995	381	192	133	85	261	1052
1996	428	226	159	100	301	1214
1997	363	179	164	93	229	1028
1998	371	209	159	95	233	1067
1999	400	222	156	82	240	1100
2000	402	238	145	89	236	1110

* Sacra Corona Unita

59 LA LICATA F., *Mafia, politici, pentiti*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. 74 ss.

60 Queste cifre sono state estrapolate da: Ministero dell'Interno, *Relazioni sulle speciali misure di protezione*; dati riferiti al 30 giugno e al 31 dicembre di ogni anno. In tabella sono utilizzati i numeri presentati nelle relazioni del secondo semestre, perché ovviamente più completi.

In tabella appare il numero dei collaboratori nella sua totalità, nonché la distribuzione rispetto alle organizzazioni criminali di provenienza.

Come si può facilmente notare, Cosa Nostra contava il maggior numero di collaboratori, mediamente il doppio rispetto ad altri importanti gruppi criminali, come la Camorra e la 'Ndrangheta; questo dato non deve sorprendere in quanto la mafia siciliana era sotto la lente degli inquirenti da molto tempo e ciò aveva condotto a una profonda destabilizzazione interna.

Con riferimento alle altre organizzazioni interessante è il dato che riguarda la 'Ndrangheta calabrese, all'epoca non potente quanto oggi, ma da sempre parte integrante del tessuto economico e sociale di certe aree; qui i numeri registrati sono sensibilmente minori, ma il fenomeno è di facile esplicazione: dal punto di vista della conformazione interna, i membri di questo gruppo criminale sono uniti da veri e propri legami di sangue: per un potenziale collaboratore di giustizia risultava (e risulta) quindi emotivamente più difficoltoso rompere il vincolo associativo e tradire i propri parenti più stretti⁶¹.

Come si vedrà, questo *trend* si è stabilizzato anche negli anni successivi.

In generale, aldilà di alcune differenze numeriche inerenti alle peculiarità delle diverse organizzazioni, è possibile constatare che le cifre con cui si ci doveva rapportare in quegli anni erano piuttosto considerevoli ed era diventato complesso e oneroso gestirle al meglio.

Tale considerazione diventava ancora più evidente se rapportata col numero di soggetti complessivamente beneficiari di programmi di protezione.

Nella tabella che segue, accanto al totale dei collaboratori di giustizia, è riportato il numero dei loro familiari sottoposti a tali misure.

Il lasso di tempo a cui si riferiscono questi dati è sempre il quinquennio 1995-2000 e la fonte è la medesima.

Anno	Collaboratori	Familiari collaboratori	Totale persone protette
1995	1052	4898	5950
1996	1214	5747	6961
1997	1028	4181	5209
1998	1067	4036	5103
1999	1100	3985	5085
2000	1110	3858	4968

61 SCIARRONE R., *Passaggio di frontiera: la difficile via di uscita dalla mafia calabrese*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. 129 ss.

Giova, peraltro, precisare che i dati qui forniti non danno conto delle cifre riguardanti i testimoni di giustizia e i programmi di protezione concessi anche a favore dei loro familiari.

Indipendentemente da ciò, già le cifre sopra riportate al netto di quelle riguardanti i testimoni consentono di comprendere il fenomeno con cui si ci rapportava in quegli anni.

Sembravano allora maturi i tempi per un rinnovamento della disciplina e particolare attenzione fu posta alla modifica della l. 82/91 su cui infine si canalizzò il dibattito.

3.5. Il dibattito precedente all'emanazione della l. 13 febbraio 2001, n. 45

“Nessuno intende mettere in dubbio l'utilità dell'impiego dei pentiti nell'ambito del processo penale. Le discussioni riguardano il come migliorare tale impiego, ma il rischio è che tali discussioni, se non subordinate alle concrete esigenze della giustizia, ottengano l'effetto opposto, inaridendo una fonte probatoria insostituibile nei processi di criminalità organizzata”.

Con queste parole il compianto prof. Vittorio Grevi descriveva i termini della questione⁶²: la disciplina della collaborazione di giustizia, introdotta all'inizio degli anni '90 per arginare la recrudescenza del fenomeno mafioso, doveva ora essere rimessa in discussione alla luce dei limiti che sono stati evidenziati più sopra.

Il pericolo insito al dibattito era, però, che si alzassero volontariamente i toni e si intendesse modificare tale normazione non tanto per migliorare uno strumento considerato da più parti imperfetto, ma per mettere in cattiva luce quei soggetti, i famosi 'pentiti', che avevano svelato le relazioni tra insospettabili uomini di Stato e le organizzazioni criminali che da decenni affliggevano intere aree del Paese.

L'esito di questo acceso dibattito, che coinvolse politica e magistratura su poli opposti, fu la l. 13 febbraio 2001, n. 45, tuttora vigente.

La novellata disciplina non fu che il prodotto di un lungo e travagliato *iter* parlamentare cominciato anni addietro; la data di presentazione del relativo disegno di legge risale all'11 marzo 1997⁶³ e questo dato è significativo del tempo che si impiegò per emanare la legge di riforma, tempo durante il quale lo scontro tra le diverse parti si acui⁶⁴.

62 Questo passaggio è tratto da un editoriale di Vittorio Grevi comparso il 4 giugno 1994 su Panorama e riportato in: LA LICATA F., *Mafia, politici e pentiti*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. 74.

63 Si tratta del famoso disegno di legge 'Flick - Napolitano', dai nomi dell'allora Guardasigilli e del Ministro dell'Interno *pro tempore*.

64 La dialettica parlamentare si fossilizzò soprattutto sulla necessità di prevedere rigorosi riscontri finalizzati ad accertare l'attendibilità e la validità delle dichiarazioni rese dai 'pentiti'. Come fatto notare da Loris D'Ambrosio, “solo il consolidarsi di un più rigoroso orientamento delle sentenze sulla nozione di riscontro e la quasi contestuale approvazione del disegno di

Va comunque sottolineato che, oltre alle riserve promosse da taluni giuristi e sostanzialmente da tutto il mondo politico, anche l'opinione pubblica si era mostrata restia nel considerare positivamente l'istituto della collaborazione di giustizia per come regolamentato con la decretazione d'urgenza.

Da una parte si faceva notare che le maglie dell'istituto erano troppo larghe, dall'altra è indubbio che la figura del 'pentito' non avesse mai goduto di grande favore a causa del fondato dubbio che le dichiarazioni potessero risultare mendaci⁶⁵.

Queste e altre considerazioni, che verranno più approfonditamente vagliate appresso, portarono, dunque, all'emanazione della succitata legge di modifica.

Vediamo allora i più significativi elementi di novità apportati dalla legge.

3.6. Le principali modifiche apportate dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45

Innanzitutto, la l. 45/01 si poneva formalmente come una legge di modifica che lasciava inalterata la struttura originaria della l. 82/91; in realtà non è difficile osservare che la disciplina ora vigente è considerevolmente diversa rispetto a quella su cui insisteva la riforma.

Il che non è necessariamente un male; con tale affermazione si vuole solo sottolineare che l'intento di apportare delle modifiche che non cambiassero la fisionomia dell'istituto è stato nei fatti tradito.

Tra i meriti riconosciuti alla legge 45/01 c'è sicuramente quello di aver distinto per disciplina e stato giuridico i 'collaboratori di giustizia' dai 'testimoni di giustizia', prima ingiustamente assoggettati alla medesima normazione, nonostante si trattasse di posizioni non assimilabili⁶⁶.

Tale finalità si evince già dal titolo della legge: "Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la

legge di attuazione dei principi del «giusto processo» (...) consentirono di superare la situazione di «stallo» e di pervenire (...) all'inserimento nel sistema della nuova disciplina"; tratto da: D'AMBROSIO L., *Testimoni e collaboratori di giustizia*, cit., p. 41.

65 Emblematico è a questo proposito il caso Tortora, che scosse profondamente l'opinione pubblica e la divise tra favorevoli e contrari all'istituto della collaborazione; si trattava di un popolare conduttore televisivo, ingiustamente accusato a metà degli anni '80 da alcuni 'pentiti' di Camorra (primo fra tutti Giovanni Pandico, affiliato alla Nuova Camorra Organizzata di Raffaele Cutolo) di associazione a delinquere di stampo mafioso finalizzata al traffico di stupefacenti. Enzo Tortora fu scagionato anni dopo solo quando le accuse nei suoi confronti si dimostrarono totalmente infondate, ma la sua persona ne uscì irrimediabilmente provata.

66 Come fatto notare da Sebastiano Ardita, la gestione dei collaboratori e dei testimoni si dovrebbe ispirare a principi diametralmente opposti; mentre "la gestione degli ex criminali andrebbe condotta secondo un criterio economico di valutazione costi-benefici", quella dei testimoni "va ispirata al principio della solidarietà e finalizzata a eventuali scopi risarcitori". Così in: ARDITA S., *La nuova legge sui collaboratori e sui testimoni di giustizia*, in 'Cass. pen.', 2001, f. 5, p. 1704.

giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza”.

In effetti era stato un grave errore equiparare queste due categorie e le conseguenze erano state sofferte *in primis* dai testimoni di giustizia e dai loro familiari, spesso additati come ‘pentiti’ grazie alla confusione ingenerata da quell’improprio accostamento⁶⁷.

Entrando nel vivo della novellata disciplina, una delle maggiori modifiche, assai rilevante in termini di ricadute pratiche, riguarda i reati in relazione ai quali è ora possibile far valere la collaborazione di giustizia; l’art. 2 della l. 45/01 modifica il comma 2 dell’art. 9 della l. 82/91 sostituendo l’elenco delle ipotesi delittuose in ordine alle quali è sollecitato tale istituto: oltre alle fattispecie criminose dirette all’eversione dell’ordine democratico, già previste dalla legge, sono ora rilevanti a questo fine i reati previsti dall’art. 51, comma 3-bis c.p.p.⁶⁸.

Lo stesso art. 2 specifica che “le speciali misure di protezione sono applicate quando risulta la inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza o, se si tratta di persone detenute o internate, dal Ministero della Giustizia – Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria e risulta altresì che le persone nei cui confronti esse sono proposte versano in grave e attuale pericolo”.

Diverse sono allora le misure di protezione concedibili; accanto alle misure ordinarie, per le quali è competente l’autorità di pubblica sicurezza e, per i detenuti, l’Amministrazione penitenziaria, la l. 45/01 introduce un duplice livello di protezione: in particolare, sono inserite le c.d. misure speciali di protezione per le quali è competente la Commissione centrale e rimane ferma la previsione circa il programma di protezione secondo quanto già stabilito dal d.l. 8/91.

Il nuovo comma 3 dell’art. 9 modificato dall’art. 2 della l. 45/01 ha poi introdotto una serie di importanti novità che vale la pena analizzare.

Per poter fruire delle misure di protezione è necessario che le dichiarazioni del collaboratore, oltre ad essere intrinsecamente attendibili, siano anche connotate dal “carattere di novità o di completezza” ovvero da quello di “importanza per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio”.

67 Un esempio lampante è fornito dalla storia di Mario Nero e di Incoronata Renna, rispettivamente testimone di giustizia e moglie, raccontata in: GRECO A., *Tra l’incudine e il martello. La denuncia di chi ha denunciato (inchiesta sul mondo dei testimoni di giustizia)*, Cosenza, Luigi Pellegrini Editore, 2012.

68 La legge 82/1991 prevedeva, invece, come parametro in relazione al quale ricondurre e favorire la collaborazione l’art. 380 c.p.p., che elenca i reati per cui è obbligatorio l’arresto in flagranza. Questa modifica non è priva di conseguenze: a causa della limitazione delle fattispecie di reato con riferimento a cui è possibile sollecitare la condotta collaborativa il fenomeno è stato investito da un considerevole ridimensionamento. Ad esempio, non può più fruire dei benefici penitenziari ed essere ammesso al programma di protezione chi presta collaborazione circa delitti come la rapina o l’estorsione aggravate, ma non circostanziate da metodo mafioso. Simili osservazioni sono presenti in: SASSANO F., *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia*, cit., p. 81 ss.

Come fatto notare da autorevoli pareri, la novellata disciplina comporterebbe una rilevante compressione delle collaborazioni fruttuose e disincentiverebbe la stessa scelta collaborativa a detrimento delle finalità di contrasto del fenomeno mafioso⁶⁹.

Infatti non si vede per quale ragione le dichiarazioni che siano sovrapponibili a quelle rese da altri debbano essere svilite e non meritevoli di tutela: in molti casi ciò di cui necessiterebbero gli inquirenti sono proprio deposizioni concordanti con altre rese precedentemente; in questo modo si avrebbero a disposizione più racconti coincidenti e questo andrebbe a velocizzare lo svolgimento dei riscontri che devono essere compiuti per verificare la veridicità delle dichiarazioni stesse⁷⁰.

Altro elemento di novità è costituito dalla previsione di cui al comma 5 dell'art. 9, in base al quale le speciali misure di protezione possono essere estese anche a coloro che coabitano col collaboratore, mentre per coloro che, pur intrattenendo un legame di sangue o affettivo, non convivono stabilmente la legge prevede che l'applicazione di misure tutorie non sia automatica, ma consegua a una specifica valutazione riguardo alla gravità, attualità e concretezza del pericolo cui questi soggetti sarebbero esposti.

Rilevanti sono anche le modifiche apportate all'art. 12 della l.82/91 dall'art. 5 della l. 45/01. Esse riguardano gli impegni assunti dal collaboratore di giustizia con lo Stato, a cui è sottintesa l'idea di una negoziabilità del rapporto tra 'pentito' e istituzioni.

Il principio cardine è qui rappresentato dal rispetto da parte del collaboratore di tutti gli oneri personalmente sottoscritti, pena la revoca o la sostituzione delle misure tutorie e assistenziali.

Il nuovo comma 2 dell'art. 12 elenca puntualmente questi doveri, che sono i seguenti:

a) osservanza delle norme di sicurezza prescritte e collaborazione attiva all'esecuzione delle misure;

b) sottoposizione a interrogatorio, esame o ad altro atto di indagine (compreso quello che prevede la redazione del verbale illustrativo di cui subito si dirà). L'inosservanza di tale obbligo è causa della revoca automatica delle speciali misure secondo quanto stabilito all'art. 13-quater, comma 2, introdotto dall'art. 8 della legge di riforma;

c) adempimento agli obblighi previsti dalla legge e dalle obbligazioni contratte;

69 SPATARO A., *Per i collaboratori di giustizia legge scoraggia-collaborazioni*, in *'Diritto e Giustizia'*, 10 marzo 2001, comparso su www.movimentoperlagiustizia.org.

70 SPATARO A., *Per i collaboratori di giustizia legge scoraggia-collaborazioni*, cit.; viene qui riportato un passaggio dell'articolo: "si dimentica che spesso è proprio una collaborazione successiva che - nel suo significato di rafforzamento della isolata, e perciò meno temibile, prova originaria - può determinare reazioni da parte del gruppo criminale".

d) divieto di rilasciare dichiarazioni a soggetti terzi rispetto all'autorità giudiziaria, alle forze di polizia e al proprio difensore, qualora possano riguardare fatti di interesse per i procedimenti in relazione a cui i soggetti coinvolti hanno prestato o stanno prestando la loro collaborazione. Il divieto si estende alla possibilità di incontrare e contattare con qualsiasi mezzo persone dedite al crimine o altri collaboratori di giustizia, salvo in quest'ultimo caso che vi sia un'autorizzazione dell'autorità giudiziaria motivata dal ricorrere di gravi esigenze inerenti la vita familiare⁷¹;

e) individuazione di tutti i beni posseduti o controllati, direttamente o per interposta persona, nonché di tutte le altre utilità che sono nella propria disponibilità anche indiretta. È, poi, specificato l'obbligo di versare il denaro frutto di attività illecite, che deve essere adempiuto subito dopo essere stati ammessi alle speciali misure di protezione. Segue l'immediato sequestro di tutti questi beni da parte dell'autorità giudiziaria⁷².

Completamente rinnovato risulta anche il contenuto dell'art. 13 della l. 82/91, sostituito dalle previsioni dell'art. 6 della l. 45/01.

La norma disciplina i contenuti delle speciali misure di protezione e l'adozione di provvedimenti provvisori.

Il comma 4 del nuovo art. 13 stabilisce il contenuto del piano provvisorio di protezione, che può essere rappresentato "oltre che dalla predisposizione di misure di tutela da eseguire a cura degli organi di polizia territorialmente competenti" anche "dalla predisposizione di accorgimenti tecnici di sicurezza, dall'adozione delle misure necessarie per i trasferimenti in comuni diversi da quelli di residenza, dalla previsione di interventi contingenti finalizzati ad agevolare il reinserimento sociale nonché dal ricorso, nel rispetto delle norme di

71 Il divieto di avere rapporti con persone dedite al crimine è coerente con la *ratio* generale della disciplina: se si intende ottenere una protezione da parte dello Stato, è necessario dimostrare un distacco reale dalla subcultura delinquenziale e mantenere una condotta coerente; il divieto di intrattenere rapporti con altri collaboratori è, invece, mosso da una diversa finalità, ovvero evitare che si vengano a creare occasioni di inquinamento della genuinità delle dichiarazioni rese. Nella prassi non era infrequente che più collaboratori si accordassero in merito alla versione da riferire e questa disposizione mira proprio a sanzionare tale comportamento. L'art 13 (modificato dall'art. 6 della l. 45/2201) prevede ora al comma 15 "l'inutilizzabilità in dibattimento, salvi i casi di irripetibilità dell'atto, delle dichiarazioni rese al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria successivamente alla data in cui si è verificata la violazione".

72 Non è possibile in questa sede approfondire tale profilo. Basti sapere che il sequestro dei beni del collaboratore non è stato salutato dalla dottrina con favore, dal momento che potrebbe costituire un disincentivo alla condotta collaborativa stessa. Peraltro non è tuttora chiaro se i patrimoni sequestrabili siano solamente quelli di provenienza illecita, dal momento che il tenore letterale della norma farebbe intendere la soluzione opposta. Dal momento che tale esito interpretativo sembra doversi rigettare, dottrina e giurisprudenza sembrano di avviso opposto, per cui sarebbero assoggettati a sequestro solo i patrimoni illecitamente conseguiti. È, ad esempio, di questa opinione: SASSANO F., *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia*, cit., p. 89.

ordinamento penitenziario, a modalità particolari di custodia in istituti ovvero di esecuzione di traduzione e piantonamenti”.

Il comma 5 prosegue prevedendo che “se, ricorrendone le condizioni, la commissione centrale delibera la applicazione delle misure di protezione mediante la definizione di uno speciale programma, questo è formulato secondo i criteri che tengono conto delle situazioni concretamente prospettate e può comprendere, oltre alle misure richiamate nel comma 4, il trasferimento delle persone non detenute in luoghi protetti (...) misure di assistenza personale ed economica, cambiamento delle generalità (...) misure atte a favorire il reinserimento sociale del collaboratore e delle altre persone sottoposte a misure straordinarie eventualmente necessarie”.

Il comma 13 del medesimo articolo stabilisce una norma indirizzata ai soggetti detenuti o internati che intendano collaborare; in particolare “il Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria provvede ad assegnare i soggetti medesimi a istituti o sezioni di istituto che garantiscano le specifiche esigenze di sicurezza”. In questo modo si tutela l’incolumità del collaboratore e si salvaguardano le esigenze di genuinità delle dichiarazioni che potranno essere rese.

A questo fine è concepita anche la previsione di cui al comma 14 inerente le misure organizzative di trattamento penitenziario.

Queste devono essere dirette a impedire l’incontro con altri collaboratori presenti nel medesimo istituto e a evitare contatti con collaboratori esterni (a questo proposito si veda anche il divieto di corrispondenza epistolare, telegrafica o telefonica con tali soggetti durante l’intervallo di tempo in cui si svolge la collaborazione).

Da ultimo, il comma 15 precisa che la sanzione conseguente alla violazione delle prescrizioni previste al comma precedente è quella della inutilizzabilità delle dichiarazioni in sede dibattimentale, ovviamente limitatamente alla data in cui si è verificata l’inosservanza e sempre che non si tratti di atti irripetibili.

Il Capo III della l. 45/01, inserito dall’art. 14, è intitolato “Nuove norme per il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia” e introduce *ex novo* il Capo II-ter della l. 82/91, che include gli artt. 16-quater – 16-nonies.

Il nuovo art. 16-quater, rubricato “Verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione”, stabilisce una serie di previsioni molto puntuali e incisive.

Di particolare importanza è l’indicazione di un rigoroso limite temporale entro cui può dispiegarsi la collaborazione, ovvero 180 giorni decorrenti dal momento in cui la persona coinvolta ha manifestato la volontà di collaborare; le dichiarazioni rese successivamente perdono di valore e non possono essere valutate ai fini della prova dei fatti in esse affermati contro le persone diverse dal dichiarante stesso, salvo i casi di irripetibilità.

Questa rappresenta forse la novità più rilevante introdotta con la riforma del 2001.

Si dibatteva da tempo della necessità di limitare temporalmente le dichiarazioni del collaboratore e ciò al fine di impedire il diffuso fenomeno delle c. d. 'dichiarazioni a rate', che aveva lo svantaggio di consentire al collaboratore di utilizzare le informazioni di cui era a conoscenza in modo strumentale.

La nuova previsione legislativa non è però esente da critiche: da più parti si è infatti notato che, se è stato scongiurato il rischio appena esposto, non si è, invece, riflettuto adeguatamente sul fatto che in un lasso temporale di sei mesi non è facile richiamare alla memoria eventi anche lontani nel tempo⁷³.

Peraltro, non è da escludersi l'ipotesi in base alla quale la collaborazione non si riesca ad esaurire in questo breve intervallo per gli impegni dell'ufficio che interroga il soggetto⁷⁴.

In questo modo si rischia di dover rinunciare a informazioni preziose qualora vengano fornite una volta scaduti i termini⁷⁵.

Acquisisce a questo fine notevole importanza la previsione inerente al verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione, comunemente detto verbale illustrativo, da cui discende il diritto premiale a usufruire delle misure tutorie e il diritto ai benefici penitenziari.

In esso sono documentate le dichiarazioni riferenti:

- a) le notizie in possesso del collaboratore utili alla ricostruzione dei fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori;
- b) le informazioni necessarie perché possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali la persona che ha manifestato la volontà di collaborare o altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente.

Il verbale deve essere redatto secondo le modalità previste dall'art. 141-bis del c.p.p.⁷⁶ ed è inserito, per intero, in un fascicolo tenuto dal Procuratore della Repubblica a cui le dichiarazioni sono state rese e, per estratto, nel

73 È stato ad esempio rilevato che: "le lacune, le contraddizioni, i vuoti di memoria, le imprecisioni possono essere la prova della veridicità di quanto può essere riferito a distanza di anni da una normale memoria umana, sempre in bilico tra dimensione individuale identitaria e sostrato sociale collettivo". Questa riflessione è tratta da: DINO A., *Il silenzio infranto*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. XXIV.

74 Si veda a questo proposito l'intervento di Armando Spataro al Meeting di Rimini del 1998, leggibile su www.meetingrimini.org/detail.asp.

75 Si è ipotizzato potesse essere più congrua la previsione di una "proroga «perimetrata» del termine originario" anziché un termine rigido e per nulla adattabile rispetto alle esigenze del caso concreto. Si veda tra gli altri: D'AMBROSIO L., *Testimoni e collaboratori di giustizia*, cit., pp. 128-129.

76 L'art 141-bis c.p.p. prevede le modalità con cui deve essere documentato l'interrogatorio di persona in stato di detenzione. In particolare, rilevante è la disposizione che stabilisce l'utilizzo di mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, pena l'inutilizzabilità delle dichiarazioni stesse.

fascicolo del dibattimento relativo al procedimento cui le dichiarazioni si riferiscono.

Nel verbale illustrativo la persona che collabora attesta di non essere in possesso di notizie e informazioni processualmente utilizzabili su altri fatti o situazioni di particolare gravità tali da evidenziare la pericolosità sociale di soggetti terzi o di altri gruppi criminali.

Le speciali misure di protezione non possono essere concesse, e se concesse devono essere revocate, qualora la persona interessata non renda le dichiarazioni prescritte e queste non siano documentate nel verbale illustrativo.

Sempre nel Capo II-ter della l. 82/91 è stato introdotto l'art. 16-quinquies, rubricato "Attenuanti in caso di collaborazione".

Tale norma va ricollegata a quanto disposto dal già analizzato art. 8 della l. 203/91; in particolare, le circostanze attenuanti previste in materia di collaborazione dal codice penale e dalle disposizioni speciali con riferimento ai delitti del novellato art. 9, comma 2, possono essere concesse soltanto a coloro che abbiano sottoscritto il verbale illustrativo entro il termine perentorio di 180 giorni.

Va poi precisato che, se la volontà di collaborare si manifesta nel corso del dibattimento, il giudice può concedere le diminuenti anche in mancanza del verbale illustrativo, che verrà redatto successivamente entro il consueto termine semestrale.

Qualora le circostanze attenuanti così concesse siano state applicate per effetto di false o reticenti dichiarazioni, ovvero quando chi ne ha beneficiato commette, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza, uno dei delitti per cui è previsto l'arresto in flagranza obbligatorio, il procuratore generale presso la corte d'appello nel cui distretto la sentenza è stata pronunciata deve chiedere la revisione della sentenza in base a quanto stabilito dall'art. 16-septies.

Per il caso in cui la decisione non sia ancora divenuta irrevocabile la legge prevede espressamente l'ipotesi della rimessione in termini per l'impugnazione della sentenza, che può essere richiesta dal pubblico ministero limitatamente alla parte applicativa delle diminuenti.

Contemporaneamente è stata ampliata la possibilità di comminare l'aggravante speciale della calunnia in conseguenza dell'aver reso dichiarazioni false o reticenti allo scopo di usufruire dei benefici penitenziari.

Il successivo art. 16-octies stabilisce i requisiti per accedere alla revoca o alla sostituzione della custodia cautelare in presenza di collaborazione; in particolare, oltre a essere prevista la condotta di collaborazione secondo quanto stabilito dal codice penale o dalle leggi speciali, si richiede l'assenza di elementi

che denotino l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia essa di tipo mafioso o eversivo.

Ultima ma non meno importante è la previsione di cui all'art. 16-nonies, con la quale si chiude il nuovo Capo II-ter.

La norma è rubricata "Benefici penitenziari" ed è, ai fini di questa analisi, molto rilevante.

Conviene allora rimandarla ad un apposito paragrafo.

3.6.1. I benefici penitenziari

L'art. 16-nonies si compone di ben otto commi nei quali il legislatore disciplina puntualmente la materia dei benefici penitenziari connessi alla condotta collaborativa.

Vediamo ora le previsioni più rilevanti.

Il comma 1 stabilisce quali siano questi benefici e chi detenga il relativo potere di proposizione. In particolare, è previsto che nei confronti di coloro che abbiano prestato una condotta collaborativa da cui derivi la concessione di taluna delle circostanze attenuanti suddette siano disposte la liberazione condizionale, la concessione di permessi premio e l'ammissione alla misura della detenzione domiciliare ex art. 47-ter della l. 354/1975. La proposta o il parere provengono dai procuratori generali presso le corti d'appello interessate o dal procuratore nazionale antimafia.

I commi 2 e 3 definiscono, invece, i contenuti della proposta o del parere necessari ad una valutazione concreta del caso specifico; in tali documenti i procuratori generali o il Procuratore Nazionale Antimafia "forniscono ogni utile informazione sulle caratteristiche della collaborazione prestata" ed espongono "la valutazione della condotta e della pericolosità sociale del condannato" precisando a questo proposito "se questi ha mai rifiutato di sottoporsi a interrogatorio o a esame o ad altro atto di indagine nel corso dei procedimenti penali in cui ha prestato la collaborazione".

Non da ultimo la proposta o il parere devono precisare altri elementi considerevoli ai fini dell'accertamento della dissociazione; particolare attenzione deve essere apprestata per valutare l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia essa di stampo mafioso o eversivo.

A tali atti possono essere allegati, su richiesta del tribunale o del magistrato di sorveglianza, il verbale illustrativo e, se la persona in esame è assoggettata a speciali misure di protezione, il relativo provvedimento di applicazione.

Il comma 4 disciplina, invece, il procedimento che porta alla eventuale applicazione dei benefici. Una volta acquisita la documentazione necessaria, il tribunale o il magistrato di sorveglianza adotta il provvedimento di concessione dei benefici penitenziari, qualora la valutazione da questi compiuta abbia esito favorevole; con ciò si intende che siano state valutate positivamente la sussistenza dei presupposti di cui al comma 1, l'importanza della collaborazione, la presenza del ravvedimento e l'assenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata.

Da evidenziare è, poi, la possibilità che l'autorità giudiziaria emetta tale provvedimento non conformandosi al parere sfavorevole di cui ai commi 2 e 3; in questo caso si rende però necessario svolgere una motivazione specifica.

Particolarmente rilevante è la previsione, contenuta sempre al comma 4, in base a cui il provvedimento di concessione dei benefici penitenziari può essere applicato "anche in deroga alle vigenti disposizioni, ivi comprese quelle relative ai limiti di pena ai limiti di pena di cui all'art. 176 del codice penale e agli articoli 30-ter e 47-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni".

Tale provvedimento può essere assunto solo se è stato redatto il relativo verbale illustrativo entro il termine di 180 giorni e, salvo che per quel che riguarda i permessi premio, soltanto dopo l'esecuzione di almeno un quarto della sanzione irrogata (almeno dieci anni se la pena inflitta è l'ergastolo).

Il comma 5 statuisce che, in caso di collaborazione prestata dopo una condanna riguardante fatti diversi da quelli per cui è intervenuta la condanna stessa, i benefici penitenziari possono essere concessi in deroga alle disposizioni vigenti solo a seguito dell'emissione della sentenza di primo grado concernente i fatti oggetto della collaborazione che ne confermi i requisiti di cui all'art. 9, comma 3⁷⁷.

Il comma 7 disciplina il caso in cui sopraggiunga la modifica o la revoca dei provvedimenti, la quale è disposta d'ufficio ovvero su proposta o parere del procuratore generale o del procuratore nazionale antimafia.

Nei casi di urgenza il magistrato di sorveglianza può disporre la sospensione cautelativa dei provvedimenti, sospensione che decade qualora il relativo decreto non venga avallato dal tribunale di sorveglianza eventualmente competente entro i successivi sessanta giorni.

Ai fini della modifica, della revoca o della sospensione cautelativa assumono specifico rilievo quelle condotte tenute dal soggetto interessato che possono comportare la modifica o la revoca delle speciali misure di protezione ovvero la revisione delle sentenze che hanno concesso taluna delle attenuanti in materia di collaborazione.

77 Si tratta dei già citati caratteri essenziali della collaborazione di giustizia, ovvero intrinseca attendibilità, novità o completezza, notevole importanza per lo sviluppo delle indagini, etc.

4. La situazione successiva all'entrata in vigore della l. 45/01

Queste sono allora le modifiche più rilevanti apportate dalla riforma del 2001.

Rimane ora da definire il quadro successivo all'entrata in vigore della novellata disciplina e nel fare ciò la cosa migliore è utilizzare come punto di partenza i dati relativi alle collaborazioni di giustizia dal 2001 ad oggi.

La fonte è, anche in questo caso, il Ministero dell'Interno e i dati a disposizione si riferiscono agli anni 2001-2015⁷⁸.

Anno	Cosa Nostra	Camorra	'Ndrangheta	S. C. U.*	Altri gruppi	Totale
2001	391	237	149	91	236	1104
2002	386	242	157	96	217	1098
2003	401	253	155	100	210	1119
2004	313	259	124	94	178	968
2005	290	254	119	87	143	893
2006	250	245	99	82	114	790
2007	238	270	97	87	108	800
2008	239	294	101	95	104	833
2009	266	366	104	95	102	933
2010	284	426	114	100	103	1027
2011	303	452	123	106	109	1093
2012	279	456	126	102	96	1059
2013	295	501	136	112	100	1144
2014	300	543	145	113	102	1203
2015	303	559	156	116	101	1235

* Sacra Corona Unita

Comparando le cifre della precedente tabella riferita al quinquennio 1995-2000 con quelli sopra riportati è possibile svolgere una serie di interessanti considerazioni.

L'ultima tabella si riferisce a un arco di tempo molto lungo, all'incirca di tre lustri.

Appare evidente che non si possa affermare che dall'entrata in vigore della l. 45/01 si sia consolidato un *trend* di crescita/decrecita stabile negli anni e omogeneo per le diverse organizzazioni criminali di provenienza.

Ma entriamo nel dettaglio.

⁷⁸ Va precisato che i dati relativi al 2015 sono parziali perché espunti dalla relazione del primo semestre dell'anno.

Cosa Nostra, che negli anni '90 era stata interessata dal più vasto fenomeno di destabilizzazione interna, ha conosciuto fasi alterne: dal 2001 al 2007 era diminuito considerevolmente il numero di collaboratori provenienti da questo gruppo criminale, numero che ha ripreso a crescere dal 2008 al 2015, probabilmente - si suggerisce - a causa di una nuova ondata di arresti eccellenti, primo fra tutti quello del boss latitante Bernardo Provenzano, avvenuto l'11 aprile 2006, che aveva preso le redini dell'organizzazione in seguito alla cattura di Salvatore Riina⁷⁹.

La Camorra è, invece, il gruppo malavitoso rispetto al quale si registra un aumento costante di soggetti che decidono di collaborare. I numeri registrati negli ultimi anni sono davvero sorprendenti, addirittura superiori rispetto a quelli dei 'pentiti' della mafia siciliana negli anni '90; volendo dare una spiegazione si potrebbe suggerire che una delle cause è sicuramente la crescente pressione delle forze investigative sui *clan* camorristici, peraltro caratterizzati da un organigramma differente rispetto a quelli siciliani: mentre Cosa Nostra ha tradizionalmente una struttura verticistica, il cui apice è rappresentato dalla 'Cupola', la Camorra campana ha una struttura orizzontale, si articola in *clan* spesso coinvolti in faide fratricide e questo indebolisce l'organizzazione, che si espone inevitabilmente all'attenzione dell'opinione pubblica e degli inquirenti.

Già si è avuto modo di commentare il dato riferito alla 'Ndrangheta calabrese. Non resta che constatare la persistente difficoltà nel penetrare in questo gruppo criminale per le ragioni che si sono spiegate in precedenza.

Negli anni immediatamente successivi all'approvazione della l. 45/01 si faceva notare da più parti (soprattutto magistrati impegnati nella lotta alle mafie) che la riforma della disciplina in esame era stata la causa principale del decremento del fenomeno collaborativo.

In realtà, come appare evidente dai dati sopra riportati, le cose sembrerebbero stare diversamente.

In primo luogo, aldilà del numero complessivo, che poco ci suggerisce, l'attenzione andrebbe focalizzata sui dati parziali, ovvero quelli inerenti la singola organizzazione criminale.

Le collaborazioni di giustizia sono state investite da un iniziale decremento solamente con riferimento a Cosa Nostra, peraltro rientrato a partire dal 2008.

Inoltre, come si è poc'anzi finito di constatare, la Camorra rappresenta il gruppo da cui proviene il maggior numero di 'pentiti' e questo dato è cresciuto sempre più nonostante il vigore della l. 45/01.

Per quel che riguarda la 'Ndrangheta non sembra essere mutato nulla; la collaborazione di giustizia appare da sempre strumento marginale nel contrasto a tale organizzazione e non pare si possa dire che la novellata disciplina

79 Anche di questo avvicendamento si è raccontato nel capitolo introduttivo.

costituisca per i suoi affiliati un ulteriore disincentivo alla collaborazione, dal momento che già prima si era manifestato un atteggiamento restio rispetto all'utilizzo di tale possibilità.

Queste considerazioni, che pure scaturiscono da aridi dati numerici, sono necessarie per compiere una prima valutazione rispetto alle ricadute concrete della l. 45/01.

Se è vero, a parere di chi scrive, che la riforma del 2001 non ha incentivato la collaborazione di giustizia e che si tratta di un dettato normativo deplorabile sotto più punti di vista, bisogna altresì ammettere per onestà intellettuale che la legge non ha sostanzialmente inciso sul numero delle persone che hanno deciso di intraprendere il percorso collaborativo.

Ciò su cui, invece, la riforma ha inciso concretamente è il piano strettamente investigativo, perché l'aver circoscritto a 180 giorni il termine entro cui si può dispiegare la condotta collaborativa ha comportato una compressione dei tempi a disposizione degli inquirenti per raccogliere quanti più elementi possibile.

Allo stesso modo un impatto negativo hanno avuto i limiti sostanziali precedentemente analizzati, che hanno di fatto impedito l'accesso alla collaborazione di giustizia per quei soggetti che avrebbero potuto raccontare solo di fatti già oggetto di precedente collaborazione, non caratterizzati da 'novità', o comunque non particolarmente rilevanti ai fini delle indagini, e quindi manchevoli anche sotto il profilo della 'notevole importanza' (art. 9, comma 3, modificato dall'art. 2 della l. 45/01).

Mi sia permesso di dire che non si tratta allora di un problema di *quantità*, ma di *qualità* delle collaborazioni svolte.

5. Il contributo della dottrina

Fino ad ora si è solo fotografata l'evoluzione normativa riguardante l'istituto della collaborazione di giustizia; in particolare si sono analizzate la l. 82/91 (modificata radicalmente con la l. 45/01) e la l. 203/91 senza, però, fornire un quadro più dettagliato delle opinioni del mondo accademico.

Si è pensato infatti fosse opportuno definire innanzitutto la cornice legislativa di riferimento e dare conto in un successivo momento delle posizioni della dottrina, che con i suoi molteplici orientamenti ha fortemente contribuito al dibattito sulla collaborazione di giustizia stessa.

Per facilitare la lettura di questa sezione, focalizzata proprio sull'apporto fornito da autorevoli giuristi, si è allora pensato di articolare l'esposizione in tre momenti diversi:

- il dibattito precedente all'emanazione della l. 82/91 e della l. 203/91;

- il dibattito successivo all'emanazione della l. 82/91 e della l. 203/91;
- le posizioni seguenti all'introduzione della l. 45/01.

In questo modo sarà possibile ottenere una visione chiara e cronologicamente ordinata dei pareri che si sono succeduti nel tempo a proposito di un istituto tanto delicato e complesso quale quello in oggetto.

Si è inoltre scelto di circoscrivere la relativa esposizione ai contributi che maggiormente si sono concentrati sull'analisi dei profili di premialità; ciò in base alla considerazione che questo rappresenta di fatto il fulcro attorno a cui ruoti ogni discussione sulla bontà o meno di una disciplina sui collaboratori di giustizia.

5.1. Il dibattito precedente all'emanazione della l. 82/91 e della l. 203/91

Intorno alla metà degli anni '80 del secolo scorso cominciò a farsi strada l'ipotesi che venisse introdotta nel nostro ordinamento una regolamentazione dell'istituto della collaborazione di giustizia anche con riferimento ai reati attinenti alla criminalità organizzata di tipo mafioso.

Fino ad allora era stata questa una possibilità mai presa in considerazione, in quanto non si intravedeva nella collaborazione di giustizia uno strumento valido di contrasto a tale tipo di criminalità.

A ben riflettere si trattava di una diretta conseguenza del fatto che non si erano mai registrate collaborazioni meritevoli di rilievo⁸⁰ e che in sostanza si conosceva poco o nulla dell'entità del fenomeno con cui si aveva a che fare.

Non è certo qui il caso di evidenziare ancora una volta l'importanza svolta in questo senso dalle dichiarazioni di Tommaso Buscetta a proposito di Cosa Nostra a partire dal 1984; a questo si è già dato ampiamente spazio nelle pagine introduttive e all'inizio del presente capitolo.

Questo evento ebbe però una valenza storica non indifferente con riferimento al dibattito che ne scaturì subito dopo; il quesito che cominciò a porsi la dottrina fu il seguente, ovvero se fosse necessario o meno disciplinare in modo precipuo la collaborazione di giustizia in questo particolare ambito e se si potesse estendere a questa casistica la normativa sui collaboratori ex terroristi.

A ciò si accompagnava l'esigenza di comprendere se realmente la collaborazione di giustizia potesse costituire un valido aiuto nella lotta alla criminalità organizzata mafiosa e, una volta appurato ciò, se fosse opportuno prevedere l'applicazione di istituti premiali a favore dei 'mafiosi dissociati'.

Sono queste fundamentalmente le domande a cui diversi autorevoli giuristi cercarono di dare risposta, ognuno secondo la propria sensibilità.

80 In realtà già si è detto a proposito della mancata considerazione da parte degli inquirenti di dichiarazioni rese anni addietro.

5.1.1. Il dibattito sull'opportunità di disciplinare la figura del 'pentito' di mafia

Il primo nodo da sciogliere era, dunque, quello concernente la configurabilità stessa della figura del collaboratore di giustizia relativamente ai reati di matrice mafiosa.

A distanza di circa trent'anni da quando iniziò questo dibattito un tale quesito può apparire superfluo, data la - per noi ovvia - possibilità che anche un mafioso possa rompere il sodalizio criminale, seppur con mille difficoltà.

In realtà all'epoca l'opinione prevalente era esattamente quella opposta, nonostante l'esperienza positiva di Tommaso Buscetta e molti altri fosse di pubblico dominio.

La diffidenza rispetto alla mera prospettabilità di una siffatta dissociazione aveva la propria scaturigine in un'impostazione tutta ideologica.

Era infatti opinione prevalente che un pentimento da parte di un affiliato alla mafia non potesse essere genuino; molti autori argomentavano questa tesi raffrontando la figura di un 'pentito' relativo a reati di criminalità mafiosa con quella di un collaboratore di giustizia che rendesse dichiarazioni con riferimento a reati di natura eversiva; in questo secondo caso, già disciplinato dalla legge anni addietro, era ravvisabile la possibilità di un reale distacco dall'ambiente criminale di provenienza, mentre nel primo no⁸¹.

Si vedeva nel dissociato eversivo un soggetto che aveva realizzato il naufragio degli ideali antidemocratici cui si rifaceva l'organizzazione di appartenenza e che aveva raggiunto una sorta di maturità emotiva in grado di permettergli il compimento della scelta collaborativa.

Al contrario, il 'pentito' di mafia era un individuo che non metteva affatto in discussione la passata appartenenza a un'organizzazione criminale di stampo mafioso.

Secondo questa impostazione la dimostrazione più evidente era data dalle stesse parole di molti 'pentiti', i quali tenevano a precisare che la volontà di collaborare sorgeva da un cambiamento delle dinamiche all'interno del gruppo di appartenenza, dal non condividerne più le strategie, dall'essere stati esautorati da ruoli importanti o dall'essere divenuti bersaglio di vendette trasversali: dal contegno di nessuno di essi emergeva un profondo ravvedimento rispetto alla vita da mafioso.

A parere di chi scrive molti esponenti del mondo giuridico, anche autorevoli, erano così caduti in errore: ai loro occhi, per essere meritevole di tutela, il pentimento di un mafioso si sarebbe dovuto riconnettere necessariamente all'emenda morale, non tenendo sufficientemente in considerazione il principio di laicità che informa il nostro ordinamento.

81 PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, f. 2, p. 425.

Esso infatti non tende alla rieducazione dei propri consociati intesa come condivisione di un sistema di valori; la finalità rieducativa della pena, cristallizzata al comma 3 dell'art. 27 della Costituzione, va interpretata come mera risocializzazione e adeguamento a un sistema valoriale, che può non essere condiviso, ma deve essere rispettato⁸².

Ecco spiegato allora l'equivoco in cui erano scivolati questi giuristi, ovvero l'aver messo in risalto un profilo del 'pentitismo', quello spirituale, che deve essere necessariamente esautorato nell'esprimere una tesi di tipo giuridico.

Peraltro, anche volendo astrattamente accogliere tale impostazione, non si comprende per quale motivo si dovrebbe presumere in maniera assoluta che un mafioso non possa addivenire a una scelta personale, dettata da un'intima contrizione, di collaborare con la giustizia.

Pur non rappresentando la maggioranza, si sono talvolta registrati casi in cui il soggetto in questione ha maturato la volontà di rompere il *pactum sceleris* e di intraprendere un percorso di vita diverso e ciò per il rimorso di delitti commessi o perché stanco di dover rispettare un codice mafioso non più approvato⁸³.

Accanto a posizioni così drastiche si possono poi ricordare prospettive maggiormente aperte al dialogo.

Autorevoli giuristi, pur nutrendo dubbi sulla necessità di introdurre incentivi alla collaborazione dei 'pentiti' mafiosi, si dimostrarono comunque attenti ai cambiamenti sopravvenuti e alle richieste dei magistrati.

Tale contrarietà non andava quindi intesa in termini assoluti e immutabili, ma era il frutto di contingenti scelte valoriali a favore della coerenza complessiva dell'ordinamento statale. Si sarebbe dunque dovuto attendere per valutare più compiutamente la reale necessità di una disciplina *ad hoc*.

Questo concetto, che potrebbe apparire un po' oscuro, può essere chiarito dalle parole di un noto studioso, Domenico Pulitanò: "Certamente legittima, in via di principio, è stata dunque l'opzione per un diritto 'premiale' limitato ai reati di terrorismo o eversione; è costituzionalmente aperto a entrambe le alternative il problema se estendere o meno analoghe discipline premiali al settore della criminalità mafiosa. La presa di posizione contraria (sul piano dell'opportunità politica) a nuove disposizioni premiali, si colloca dunque all'interno di un

82 Il principio rieducativo è così interpretato da: PULITANÒ D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in 'Riv. it. dir. proc. pen.', 1986, f. 4, p. 1022.

83 Un esempio di ciò è fornito ancora una volta dal racconto di Giovanni Falcone in: FALCONE G., PADOVANI M., *Cose di Cosa Nostra*, cit., p. 83 ss. Viene qui riportato un passaggio in cui il giudice siciliano ripercorre l'itinerario psicologico che portò Francesco Marino Mannoia, affiliato a Cosa Nostra, a compiere la scelta di 'pentirsi': "Mannoia ha quindi scelto la vita. Ma non perché avesse paura della morte. A un certo punto della sua esistenza, ha preferito l'amore ai tradizionali valori familiari conformi al codice mafioso. Ha scelto quello che di vitale e gioioso rappresentava la possibilità di proteggere la sua compagna e i suoi figli".

confronto problematico, che non può ritenersi risolto a livello costituzionale, né concluso una volta per sempre⁸⁴.

L'esigenza di disciplinare la figura del collaboratore di giustizia con riferimento ai reati di mafia era, invece, sostenuta e argomentata dai magistrati che in quegli anni dovevano fronteggiare l'ascesa sempre più violenta della malavita organizzata di matrice mafiosa⁸⁵.

La constatazione su cui si basava questo diverso orientamento era di tipo pragmatico; aldilà delle opinioni personali che ognuno può avere in merito, era sotto gli occhi di tutti che i collaboratori di giustizia avessero svolto, e stessero svolgendo, un'opera ricostruttiva fondamentale, senza la quale gli inquirenti difficilmente avrebbero potuto comprendere le dinamiche interne alle organizzazioni criminali di tipo mafioso, prima fra tutte Cosa Nostra.

Lo Stato, volente o nolente, aveva bisogno dei collaboratori di giustizia ed era arrivata l'ora che incentivasse tale istituto, il quale aveva già dato prova di fondamentale importanza nel contrasto alla criminalità mafiosa.

Non era pensabile che questi soggetti rendessero dichiarazioni su persone o fatti molto gravi, come potevano essere i delitti perpetrati con metodo mafioso, senza ottenere nulla in cambio della propria delazione ed esponendo se stessi e i propri familiari a feroci ritorsioni.

Aldilà delle speculazioni giuridiche sfavorevoli all'introduzione di una normazione del fenomeno collaborativo, era un dato di realtà a rendere necessario un apposito *corpus* normativo.

5.1.2. Il dibattito in merito all'utilità dei collaboratori di giustizia

Uno dei punti su cui maggiormente si canalizzò il dibattito riguardava poi l'utilità o la dannosità dei collaboratori di giustizia rispetto all'obiettivo di contrastare la criminalità mafiosa⁸⁶.

Il quesito, così posto, potrebbe oggi apparire privo di significato alla luce dell'ingente numero di informazioni a cui gli inquirenti hanno potuto attingere nel corso del tempo grazie ai collaboratori stessi.

In realtà la posizione di chi intravedeva più un pericolo che un beneficio da una disciplina che sollecitasse tale strumento non era così irrealistica: come si è

84 PULITANÒ D., *Tecniche premiali*, cit., p. 1040.

85 Si vedano, peculiarmente, le riflessioni di Giovanni Falcone, raccolte in: FALCONE G., *La posta in gioco: interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Milano, BUR, 2010.

86 Si riporta di seguito un passaggio in cui Giuliano Vassalli si interroga su questo aspetto: "E allora è legittimo domandarsi ancora una volta: è giusto, è opportuno addivenire a questi provvedimenti? E, anche in assenza di questi provvedimenti, è un bene perseverare in questa politica giudiziaria di incoraggiamento del pentitismo dei criminali comuni? I vantaggi ottenibili nella prevenzione e repressione della mafia sono veramente superiori ai pericoli che corre la giustizia?"; questa citazione è tratta da: VASSALLI G., *Il pentitismo e le sue insidie*, in *'Mondoperaio'*, 1985, f. 11, p. 20 ss.

già avuto modo di osservare, diversi e non sparuti erano stati i casi in cui presunti 'pentiti' avevano cercato di delegittimare le indagini antimafia depistando l'autorità giudiziaria; in questo modo non solo si era riuscita a spostare l'attenzione investigativa su profili irrilevanti, ma si era anche intaccato il prestigio di cui poteva godere la magistratura agli occhi dell'opinione pubblica.

Anche sotto altri profili la dottrina non esitava a dimostrarsi dubbiosa; in più d'uno denunciavano il pericolo che venissero compromessi irrinunciabili principi di civiltà giuridica, con grave e permanente alterazione del nostro sistema di giustizia penale⁸⁷, pericolo scaturente da prove raccolte senza criterio e rispetto alle quali si dubitava della loro legittimità.

Addirittura si giunse ad affermare che le esigenze di contrasto alla malavita organizzata dovevano soccombere rispetto alla necessità di tenuta del sistema⁸⁸.

A ben vedere il problema non riguardava, però, la collaborazione di giustizia complessivamente considerata e tale criticità poteva essere adeguatamente superata prevedendo a livello legislativo maggiori limiti all'utilizzo delle dichiarazioni dei 'pentiti' quali fonti di prova in sede penale e suggerendo ai magistrati di svolgere un più rigoroso vaglio critico.

Ciò che si vuol dire è insomma che la possibilità di un uso distorto della collaborazione di giustizia non poteva rappresentare la ragione per impedire *tout court* al legislatore di disciplinare uno strumento che, in generale, aveva già dato prova di aver funzionato.

5.1.3. Il dibattito sulla necessità di introdurre previsioni premiali

La polemica tra i detrattori e i sostenitori della collaborazione di giustizia non si limitava certo ai profili appena analizzati.

Uno degli elementi su cui maggiormente si focalizzò il dibattito era quello concernente l'introduzione di istituti premiali.

Buona parte della dottrina si dimostrò restia nel salutare con favore la possibilità che il legislatore concedesse ricompense per coloro che decidevano di intraprendere il percorso collaborativo.

Dal punto di vista della prevenzione generale Tullio Padovani espresse con vigore la dannosità di previsioni premiali; egli osservava che una siffatta

87 Si vedano in questo senso gli scritti di Pietro Nuvolone, fra cui: NUVOLONE P., *Politica criminale e pentimento del reo*, in *L'indice penale*, 1982, f. 1, pp. 146-147.

88 Giova qui riproporre ancora le parole di Giuliano Vassalli, che esprimeva con veemenza la propria contrarietà a proposito: "Non c'è proprio alcun bisogno, quali che siano le esigenze di lotta contro fenomeni criminali che pure sgomentano per la loro pericolosità e per la loro efferatezza, di far ricorso ad altre fonti spurie per la loro natura e di alimentarle con promesse di premio o altre suggestioni". Questo stralcio è tratto da: VASSALLI G., *Il pentitismo e le sue insidie*, cit., p. 21. È opportuno qui precisare che l'autore, nel citare le altre fonti, si riferisce soprattutto alla disciplina sui terroristi collaboratori di giustizia, entrata in vigore anni addietro e contestata per la sua eccezionalità così a lungo protrattasi.

disciplina sarebbe stata la dimostrazione più evidente della debolezza dello Stato e dell'incapacità di contrastare la criminalità organizzata senza l'ausilio dei collaboratori, ovvero di *ex* criminali.

Può essere qui utile citare testualmente le sue parole: il dover ricorrere a "una 'iniziativa privata' retribuita *extra ordinem* rappresenta la più aperta confessione che gli apparati coercitivi pubblici non sono altrimenti in grado di attivarsi e di operare. Ciò significa allora che i benefici in questione non sono, e non possono essere, espressione di una *funzione* di prevenzione generale, ma di una *dis* funzione di prevenzione generale; che essi non si fondano su un valore, ma su un disvalore"⁸⁹.

Eguale, tale previsione sarebbe stata fallace anche sul piano della prevenzione speciale: non bisognava dimenticare che questi soggetti avevano commesso o comunque favorito delitti di rilevante gravità, la quale costituiva l'indice di un'accesa pericolosità sociale che di certo non poteva essere venuta meno da un giorno all'altro⁹⁰.

L'equazione collaborazione = rieducazione era improponibile e non teneva conto dell'opportunismo che avrebbe caratterizzato il comportamento dei 'mafiosi dissociati', dettato solo da bieco utilitarismo.

Il terzo profilo analizzato concerneva poi il rispetto del principio di proporzionalità tra offesa del bene giuridico e relativo trattamento sanzionatorio, rispetto a cui si vedeva nella previsione di istituti premiali un'evidente violazione; era infatti impensabile che una medesima condotta criminale potesse essere trattata diversamente sul piano punitivo in base all'eventualità che l'autore del fatto decidesse di collaborare o meno⁹¹.

Ancora una volta la magistratura valorizzava, invece, la previsione di istituti premiali; questi sarebbero stati un utile strumento di coercizione della collaborazione stessa.

Aldilà del piano morale, del quale si è già rilevata la portata in una riflessione di tipo giuridico, che un soggetto potesse essere motivato a collaborare per ragioni prettamente utilitaristiche non doveva interessare al legislatore.

Se obiettivo fondamentale era condurre una lotta serrata alla criminalità mafiosa, tale scopo doveva essere perseguito anche approntando soluzioni non

89 PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 421.

90 PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 420. Mi sia concesso di dire che da queste pagine trapela un approccio retributivo, che pure la dottrina già da tempo aveva accantonato. Può essere utile riportare un passaggio: "è evidente che l'allarme sociale per il tipo di crimini perpetrati dal 'pentito', elevatissimo all'origine, non scema certo dopo le sue rivelazioni che, anzi, svelando gli *arcana seditionis* e la cupa efferatezza dei loro deliri palingenetici, rendono più imperiosa la richiesta di punizione, e di una punizione che quell'efferatezza non dimentichi mai".

91 Su tutti: FERRAJOLI L., *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in 'Quest. giust.', 1982, f. 2, p. 209 ss.

sempre condivisibili da un punto di vista etico. I vantaggi avrebbero quindi di gran lunga oscurato il compromesso proposto dallo Stato.

5.2. Il dibattito successivo all'emanazione della l. 82/91 e della l. 203/91

Più complesse le posizioni che si avvicendarono a seguito dell'entrata in vigore dei provvedimenti adottati con la c.d. decretazione d'emergenza.

Giova brevemente ricordare il contesto storico che portò all'emanazione dei celeberrimi decreti legge n. 8/91 e 152/91, successivamente convertiti in leggi n. 82 e 203 del medesimo anno.

Lo Stato era sotto l'assedio di Cosa Nostra e di altri rilevanti gruppi mafiosi e aveva deciso di rompere gli indugi introducendo un inasprimento delle pene per i 'mafiosi irriducibili' e contemporaneamente una serie di misure che incoraggiavano la collaborazione di giustizia.

Con queste parole Adonella Presutti motivava tale repentino cambiamento di atteggiamento: "I noti gravissimi fatti di sangue dei primi anni Novanta sterilizzano le obiezioni di principio formulate dalla dottrina schiudendo al legislatore la via per la realizzazione di un progetto a lungo coltivato e cautamente sperimentato in settori diversi, ma pur sempre connessi al fenomeno delle associazioni criminose"⁹².

Se è vero che nell'immediato tali disposizioni furono accolte positivamente sia dall'opinione pubblica sia dalla classe politica (non fosse altro perché ne era stata l'artefice), buona parte della dottrina espresse da subito un certo malumore, intravedendo fin dalle prime applicazioni pratiche della disciplina diversi limiti.

Giova allora analizzare alcuni dei più rilevanti contributi.

5.2.1. L'approccio critico di Alessandro Bernasconi

Tra gli autori più critici rispetto alla disciplina sui collaboratori di giustizia introdotta all'inizio degli anni '90 si ricorda certamente Alessandro Bernasconi, che in più occasioni non ha mancato di sottolineare l'inadeguatezza di quella normativa.

In particolare, il profilo da lui maggiormente biasimato riguardava la negozialità insita alla disciplina della collaborazione di giustizia, in cui "tutto è ridotto a merce di scambio"⁹³.

A suo avviso, se una tale contrattualizzazione era perfettamente coerente con il sistema penale statunitense, basato sulla discrezionalità dell'azione

92 PRESUTTI A., *'Alternative' al carcere e regime delle preclusioni*, in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 60.

93 BERNASCONI A., *I sistemi di protezione per i collaboratori di giustizia*, in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 141.

penale, non altrettanto si poteva affermare con riferimento al sistema di diritto interno, dal momento che il nostro ordinamento si fonda sull'opposto principio dell'obbligatorietà dell'azione penale espresso all'art. 112 Cost⁹⁴.

Questo autore valutava piuttosto negativamente l'introduzione nel nostro ordinamento di istituti premiali a favore dei collaboratori di giustizia, pena il rischio di "funzionalizzare il ruolo della giurisdizione esclusivamente in termini utilitaristici: ciò che conta, adesso, sono i risultati ottenuti o perseguibili nella lotta alla criminalità"⁹⁵.

Conseguenza diretta di una tale impostazione era lo svilimento dell'accertamento di responsabilità svolto in sede processuale.

A ciò faceva da corollario un altro elemento: se lo Stato predispone benefici di varia natura per chi collabora e inasprisce il trattamento dei 'mafiosi irriducibili' sia sul piano del diritto penale sostanziale sia sul piano del diritto penitenziario, ne consegue una coartazione morale che nei fatti si atteggia a vero e proprio 'obbligo di collaborare'⁹⁶, in qualche modo incompatibile con il principio di ispirazione accusatoria espresso dall'art. 188 c.p.p.⁹⁷, che tutela la libertà morale della persona nell'assunzione della prova e che, secondo un'interpretazione estensiva, assurge a principio generale del sistema penale.

Secondo tale prospettiva era da rigettare vigorosamente l'idea di un processo penale piegato all'esigenza di condurre la lotta alla criminalità, idea che, al contrario, era valorizzata da diversi esponenti della magistratura, secondo cui le necessità contingenti di politica criminale erano preminenti e fondavano la legittimità di siffatte previsioni premiali⁹⁸.

Bernasconi faceva, poi, notare che l'impostazione di fondo era (sfortunatamente) coerente con una serie di normative già in vigore, prime fra tutte la l. 663/86⁹⁹, che finiva per "presentare l'ordinamento penitenziario come un momento di attenuazione del rigore punitivo dello Stato e, di conseguenza, come anello debole dell'apparato repressivo"¹⁰⁰.

In tutto ciò non andava dimenticato che, a parere di questo autore, la collaborazione di giustizia non era nemmeno funzionale al principio rieducativo espresso all'art. 27, comma 3, della Costituzione, in quanto collaborazione e

94 BERNASCONI A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 130 ss.

95 BERNASCONI A., *La collaborazione processuale*, cit., p. 86.

96 BERNASCONI A. *La collaborazione processuale*, cit., p. 101.

97 Stabilisce testualmente l'art. 188 c. p. p.: "non possono essere utilizzati, neppure col consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti".

98 Si ci riferisce a quanto espresso da: CASELLI G. C., INGROIA A., *Normativa premiale*, cit., p. 196, pp. 208-209, 216-218, 225-227.

99 La l. 10 ottobre 1986, n. 663 (detta 'legge Gozzini') introduce nel nostro ordinamento una serie di novità importanti volte a esaltare l'aspetto risocializzante della sanzione penale rispetto a quello meramente afflittivo. Si tratta quindi di un norma fortemente orientata all'ideale special-preventivo.

100 BERNASCONI A., *La collaborazione processuale*, cit., p. 115.

rieducazione sarebbero concetti ontologicamente non accostabili: se collaboratore è colui che compie delazione in cambio di benefici, questi è un soggetto che si comporta perseguendo un'utilità egoistica e non certo colui che si ravvede interiormente¹⁰¹.

In quest'ottica era da lui percepito come mistificante il tentativo del legislatore di far credere che fossero rieducabili soltanto gli affiliati di mafia che collaboravano con la giustizia¹⁰², quando sarebbe stato più onesto ammettere che la *ratio* ispiratrice dell'intera normativa era orientare i benefici (soprattutto penitenziari) a un uso strumentale.

5.2.2. L'analisi propositiva di Paolo Giordano

Meno critica l'analisi di un altro autore, Paolo Giordano, che nelle sue riflessioni metteva sì in evidenza i limiti della disciplina sorta con la 'decretazione d'emergenza', ma allo stesso tempo riconosceva i risultati raggiunti nella lotta alla criminalità organizzata mafiosa e ne propugnava addirittura l'estensione rispetto ai profili di premialità all'intero ordinamento giuridico¹⁰³.

In particolare l'approccio di quest'autore aveva, agli occhi di chi scrive, un pregio fondamentale: riconosceva giustamente le criticità delle previsioni legislative sui collaboratori di giustizia, ma tale riconoscimento doveva servire come punto di partenza per migliorare la relativa disciplina e non per affossarla.

Nella sua analisi egli poneva l'accento su un aspetto, a suo dire, normalmente non considerato, ovvero che la disciplina sui pentiti potesse agire da «ombrello» o da «paracadute» per la criminalità¹⁰⁴; non andava insomma sottovalutato il calcolo che il 'pentito' avrebbe potuto fare *ex ante*, quello che egli chiamava «il pentimento come «copertura» dell'attività criminale, il pentimento come fattore criminogeno»; non si doveva sottovalutare infatti la capacità della malavita organizzata di sfruttare a proprio vantaggio gli strumenti dell'ordinamento giuridico.

Da tale considerazione, svolta rispetto agli obiettivi di prevenzione generale, non doveva, però, scaturire un giudizio complessivamente negativo, ma potevano nascere proposte di modifica volte a rendere la disciplina maggiormente adeguata.

101BERNASCONI A., *La collaborazione processuale*, cit., p. 117.

102Il legislatore enuncia l'intenzione di valorizzare la collaborazione di giustizia in prospettiva rieducativa in: Relazione d.d.l. Sen./328.

103GIORDANO P., *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, in 'Cass. pen.', 1997, f. 3, p. 931.

104Questa citazione, come le seguenti, è tratta da: GIORDANO P., *Profili premiali*, cit., p. 931.

Era innanzitutto necessario restringere l'area dei collaboranti attraverso una concessione più rigorosa dei programmi speciali di protezione¹⁰⁵.

Tra le sue proposte vi era, ad esempio, quella che i collaboratori, per poter fruire dei benefici previsti nei loro confronti, iniziassero la collaborazione partendo da dichiarazioni auto-accusatorie.

Per altro verso egli riconosceva poi che una rilevante controindicazione per la premialità era rappresentata dal fatto che i 'pentiti' potevano "calunniare e vendicarsi al riparo da possibili ritorsioni".

A questo proposito la soluzione non poteva, però, essere di guardare con diffidenza allo strumento collaborativo, ma doveva essere il reagire con maggior vigore attraverso il rafforzamento della tutela, *in specie* per quel che concerneva la calunnia¹⁰⁶.

Messi a punto questi correttivi, si sarebbe dovuta prendere in considerazione l'estensione della premialità ad altri settori dell'ordinamento, primo fra tutti all'ambito dei reati contro la p.a.

Da questa breve riproposizione delle sue riflessioni trapela, dunque, un giudizio complessivamente positivo (uno dei pochi) della disciplina.

5.3. Le posizioni seguenti all'introduzione della l. 45/01

Se le posizioni della dottrina sin qui analizzate hanno carattere eminentemente storico e/o possono essere utili per fornire uno sguardo critico rispetto alle modalità con cui il legislatore ha normato inizialmente questa materia, diverse considerazioni possono essere svolte rispetto ai contributi successivi all'emanazione della l. 45/01.

In questo caso siamo infatti di fronte a una disciplina tutt'ora in vigore e rispetto alla quale può essere molto utile comprendere i dubbi e le riserve degli studiosi, soprattutto nell'ottica di una futura possibile nuova legge di modifica.

Molti sono gli spunti di riflessione che sono stati offerti al dibattito giuridico grazie alle analisi e ai commenti provenienti da più parti.

Variegati sono, anche in questo caso, i punti di vista; ciascun autore, in base alla propria sensibilità, ha focalizzato l'attenzione su differenti elementi e ha espresso la propria opinione.

Se per alcuni di essi l'impianto normativo è complessivamente positivo, altri tendono maggiormente a mettere in evidenza i profili di criticità della disciplina, non mancando di esprimere delle riserve.

Come è ovvio, non è possibile in questa sede esaminare esaustivamente tutte le posizioni della dottrina; si cercherà di rendere una panoramica dei pareri

¹⁰⁵Tale proposta va inserita tenendo conto del dato normativo allora vigente, in base al quale 'momento tutorio' e 'momento penitenziario' erano strettamente connessi. Tale connessione, come noto, è stata superata con la l. 13 febbraio 2001, n. 45.

¹⁰⁶Questa proposta fu presa in considerazione dal legislatore, che infatti la introdusse con la novella del 2001.

più rilevanti, al fine di lasciare delle suggestioni e di rendere l'idea del numero e della complessità dei profili che potrebbero essere presi in considerazione.

Vediamo ora alcuni di questi contributi.

5.3.1. L'analisi critica di Carlo Ruga Riva

Tra gli autori che con maggior forza argomentativa hanno espresso dubbi sull'attuale assetto normativo si può certamente annoverare Carlo Ruga Riva.

Confrontando la disciplina vigente con quella dettata con la 'decretazione d'emergenza' egli constata la presenza di alcuni elementi di merito, che vengono, però, oscurati da una regolamentazione in sostanziale continuità con quella originaria.

Se viene riconosciuto il pregio di aver finalmente distinto il 'momento tutorio' rispetto a quello 'penitenziario'¹⁰⁷ (l'applicazione di misure speciali di sicurezza non è più prerequisito rispetto alla concessione dei benefici in fase esecutiva), l'autore evidenzia dall'altra parte il perdurare di determinati limiti, insiti in un approccio errato alla materia.

Vale qui la pena citare un suo passaggio: "La premialità penitenziaria sembra utilizzata dal legislatore italiano soprattutto per scopi diversi da quelli che le sono connaturati: più che assurgere a stimolo o a ricompensa per l'avvenuto progresso risocializzativo, essa viene strumentalizzata a fini processuali, di acquisizione di nuovo materiale probatorio, ovvero sostanziali, di prevenzione di offese future"¹⁰⁸.

Come già messo in luce precedentemente da altri autori¹⁰⁹, i maggiori dubbi riguardano l'aver predisposto una serie di istituti premiali in fase esecutiva spacciandoli per strumenti con finalità rieducativa.

Ruga Riva esprime le proprie perplessità anche con riferimento alla non contrarietà della disciplina in esame rispetto al fondamentale principio di uguaglianza sancito dall'art. 3, comma 1, della Costituzione.

In particolare egli si pone il quesito se sia compatibile con suddetto principio prevedere, per i soli collaboratori di giustizia, il venir meno dei limiti temporali per l'applicazione dei benefici penitenziari previsti in via generale per gli altri condannati¹¹⁰ e se sia conciliabile con i principi cui si ispira il nostro ordinamento l'idea per cui "si premia per punire altri"¹¹¹.

107RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 341.

108RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 359.

109Si veda quanto espresso da Alessandro Bernasconi e riportato nelle pagine precedenti.

110Nello stesso senso già Pulitanò: PULITANÒ D., *Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata*, in CNPDS (a cura di), *I reati associativi*, Milano, 1998.

111Queste e altre simili considerazioni sono presenti in: RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 362 ss.

5.3.2. Il commento di Fabio Fiorentin

Di avviso diverso sono, ancora una volta, numerosi esponenti della magistratura.

Tra i tanti pareri, viene qui proposto quello di Fabio Fiorentin, noto giudice di sorveglianza, che nel commentare la l. 45/01 compie osservazioni contrastanti con quelle di un accademico come Carlo Ruga Riva.

Se questo autore aveva infatti posto l'accento su una premialità 'generosa', connotato sia della 'decretazione d'emergenza' che della riforma del 2001, Fiorentin non è del medesimo parere e ravvisa nella rinnovata disciplina elementi di particolare rigore, soprattutto dal punto di vista penitenziario, che pure hanno "contribuito a rimuovere dalla normazione premiale in esame un profilo distonico rispetto all'esigenza costituzionalmente prevista che la pena (e dunque le sue concrete modalità di espiazione) siano orientate alla rieducazione del reo"¹¹².

Il contributo di questo autore consiste, a parere di chi scrive, nell'aver evidenziato i punti di forza della legge di riforma sotto il profilo della special-prevenzione.

Ricollegato al pregio di aver separato 'momento tutorio' e 'momento penitenziario', peraltro riconosciuto unanimemente dalla dottrina, la legge del 2001 ha il merito di aver razionalizzato il sistema, "atteso che la decisione sui benefici penitenziari in rapporto alle esigenze retributive e rieducative del caso concreto è sottratta alla pesante ipoteca della sussistenza, o no, dello speciale programma di protezione"¹¹³.

La normativa emanata non contiene più, dunque, quei profili di criticità che avevano portato a dibattere della necessità di una legge di modifica.

Non è corretto quindi affermare che l'ordinamento conceda ora con troppa facilità l'accesso ai benefici penitenziari o al programma di protezione, in quanto questi due aspetti sono posti su piani separati.

Inoltre le caratteristiche che devono avere le dichiarazioni rese dagli aspiranti collaboratori (importanza, tempestività, genuinità, attinenza alle fattispecie penali tassativamente indicate dal legislatore) rendono ancor più rigorosa la disciplina.

Il legislatore si è mosso nella direzione opposta a quella di chi afferma che il sistema premiale avrebbe maglie troppo larghe, in quanto "appare evidente la contrazione della premialità insita nel nuovo dettato legislativo"¹¹⁴, la quale sarebbe finalizzata all'esigenza di ricalibrare la portata dei benefici concessi a chi comunque si sia macchiato di delitti di grave allarme sociale.

112 FIORENTIN F., *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia: alcune annotazioni alla luce della prima applicazione della legge n. 45/01*, aprile 2003, www.diritto.it.

113 FIORENTIN F., *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, cit.

114 FIORENTIN F., *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, cit.

Coerente con un'impostazione special-preventiva sarebbe, dunque, l'aver introdotto tra i presupposti da valutare ai fini della concessione dei benefici penitenziari l'avvenuto ravvedimento del condannato (nuovo art. 16-nonies del d.l. 8/91), prima richiesto solo con riferimento alla liberazione condizionale.

Un miglioramento rispetto alla l. 82/91 è allora riscontrabile nel superamento della prospettiva meramente mercantile e nell'aver prestato maggiore "considerazione al principio rieducativo costituzionalmente imposto da ogni esecuzione di pena"¹¹⁵.

Semmai, se una censura può essere mossa, si dovrebbe far notare che la l. 45/01 impone la prova del ravvedimento del reo anche per accedere a benefici (in particolare permessi-premio e detenzione domiciliare) che, secondo la giurisprudenza della Cassazione, non presuppongono la resipiscenza del soggetto, ma solo un grado di pericolosità sociale limitato e, dunque, compatibile con l'applicazione di tali provvedimenti favorevoli.

5.3.3. Conclusioni

Le riflessioni in merito alla generale configurabilità di previsioni premiali per i collaboratori di giustizia sembrano ora avere valore storico e, pur fornendo un interessante sguardo critico, appartengono a una prospettiva superata; nessuno, o quasi, mette più in discussione la necessità di benefici: ciò di cui ancora si discute è semmai il piano su cui tali benefici si debbano concedere e se sia possibile migliorare la disciplina in esame, rendendola quanto più possibile coerente con i principi dell'ordinamento.

A venticinque anni dall'introduzione di tale normazione (modificata nel 2001) i 'pentiti' sono un "male necessario"¹¹⁶, di cui si *vorrebbe* fare a meno, ma non si *può* fare a meno.

È bene allora prendere atto che la collaborazione di giustizia serve e deve essere incoraggiata; la discussione non riguarderà quindi il se della collaborazione, ma il *come*.

Conseguentemente il recente dibattito non verte sull'utilità generale di tale istituto quanto sulle modalità con cui esso dovrebbe essere disciplinato, soprattutto in ragione della funzione della pena che maggiormente deve essere valorizzata, ovvero quella special-preventiva, secondo le indicazioni fornite dalla recente giurisprudenza costituzionale.

Le prospettive di riforma più interessanti riguardano, peraltro, il superamento dei limiti all'accesso alle misure penitenziari; per tale disamina si rinvia, dunque, al prossimo capitolo.

115 FIORENTIN F., *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, cit.

116 DI MARTINO C., *Il difficile connubio tra funzione rieducativa della pena e benefici penitenziari a favore dei pentiti*, in 'Rass. penit. e crim.', 2003, f. 1-2, p. 227.

6. Giurisprudenza. Rinvio

Rimangono (*rectius* rimarrebbero) da analizzare gli orientamenti della giurisprudenza a proposito della collaborazione di giustizia, strumento con cui svariati giudici si sono dovuti rapportare nel decidere di molti 'processi di mafia'.

Evidentemente la questione è in questi termini mal posta.

La giurisprudenza, terza e imparziale, non ha mai espresso un giudizio favorevole o contrario rispetto all'istituto in sé considerato, in quanto tale scelta legislativa non è opinabile dalla magistratura giudicante, che ha semmai la funzione di applicare norme che sono il frutto di dibattito politico e di interpretarle alla luce dei principi generali dell'ordinamento.

Il contributo della giurisprudenza è, invece, apprezzabile sotto altri e ben differenti profili; in particolare, è evincibile per quel che riguarda il delicato tema dell'attendibilità del collaboratore e dei c.d. riscontri esterni.

In diverse occasioni la giurisprudenza ha avuto modo di elaborare criteri, che dovrebbero rappresentare delle vere e proprie regole da seguire, in base a cui valutare la veridicità delle dichiarazioni dei 'pentiti' in sede processuale.

Aldilà della *querelle* dottrinale sulla necessità o meno di introdurre elementi di incentivo alla collaborazione di giustizia, l'attenzione dei giudici si è, dunque, soffermata sul modo in cui le dichiarazioni in oggetto debbano essere valutate ai fini della prova.

È questo un profilo attinente al 'momento di diritto processuale', che nelle pagine precedenti è stato consapevolmente tralasciato per dare maggiore risalto ai profili di premialità.

È, però, opportuno colmare ora questa 'lacuna' e presentare almeno brevemente gli sviluppi in tema di formazione della prova.

In questo modo sarà possibile fornire una visione più completa, per quanto non esaustiva, dei risvolti applicativi di tale disciplina.

Di fondamentale importanza per l'introduzione a questa materia è la disposizione di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p: "Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità".

Dal dettato normativo è possibile desumere che la collaborazione di giustizia che comporti chiamata in correità non sia di per sé idonea a costituire l'unico elemento di prova su cui fondare la colpevolezza del soggetto accusato; è necessario, invece, che sussistano altri elementi che corroborino il giudizio sull'attendibilità del dichiarante.

Ciò significa che sarà in primo luogo fondamentale valutare l'attendibilità soggettiva¹¹⁷ e intrinseca¹¹⁸ della collaborazione, senza poi trascurare

117Cass. Pen., S.U., sent. n. 1653/92: la verifica dell'attendibilità richiede innanzitutto "un'indagine sulla credibilità del dichiarante, individuando il grado di interesse dell'autore per

l'importanza di riscontri esterni, ovvero di quegli elementi, anche estranei al tema storico del processo, idonei a rafforzare l'attendibilità della dichiarazione stessa¹¹⁹.

Appare evidente che il giudice debba seguire pedissequamente questo ordine: solo se la dichiarazione risulta attendibile ha senso assoggettarne i contenuti ad attività di riscontro.

Generale principio è, infine, quello della 'frazionabilità della dichiarazione accusatoria', da cui discendono due fondamentali corollari:

- la provata attendibilità di un singolo elemento della dichiarazione non comporta traslativamente che anche gli altri punti della collaborazione ne siano caratterizzati;

- viceversa, se si dimostra la non attendibilità del racconto con riferimento a un particolare profilo, ciò non comporta il necessario discredito della collaborazione complessivamente considerata¹²⁰.

Si rimanda ai capitoli seguenti per quanto concerne, invece, l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in merito alla collaborazione di giustizia come presupposto per il superamento dei limiti all'accesso ai benefici penitenziari (art. 4-bis o.p.) e del trattamento penitenziario di rigore (art. 41-bis o.p.).

7. La difficoltà di intraprendere la scelta collaborativa

Si è giunti quasi alla fine di questo capitolo.

Mi sia concesso svolgere ora una serie di considerazioni che esulano parzialmente da una disamina dai toni distintamente giuridici e che potrebbero apparire maggiormente pertinenti a una trattazione di tipo sociologico.

Anche se in apparenza i membri delle organizzazioni coinvolti dalle inchieste ottengono numerosi vantaggi dalla scelta di collaborare con la giustizia, bisogna sempre ricordare che concretamente è molto più difficile di quanto sembri intraprendere questo percorso.

Nonostante la disciplina legislativa appresti una tutela definita nei confronti dei collaboratori e dei loro familiari, non si può certo negare che nella prassi si sono talvolta manifestati problemi applicativi.

la specifica accusa, alla stregua della sua personalità e delle ragioni che l'hanno indotto a coinvolgere l'indagato".

118Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 513/99: "Occorre apprezzare la precisione, la coerenza interna e la ragionevolezza...ai fini dell'attendibilità intrinseca".

119Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 661/96: si tratta di "fatti storici che, se anche da soli non raggiungono il valore di prova autonoma di responsabilità del chiamato in correità (...) complessivamente considerati e valutati risultino compatibili con la chiamata in correità e di questi rafforzativi".

120Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 42990/08; Cass., Sez. VI, sent. n. 6425/10.

Aldilà di pochi irriducibili che non intendono collaborare perché si ritengono 'uomini d'onore' e come tali non vogliono venir meno al giuramento di fedeltà compiuto al momento dell'affiliazione, in molti casi gli affiliati vorrebbero rompere questo muro di silenzio e superare per questa via i rigidi limiti imposti dall'applicazione degli artt. 4-bis e 41-bis o.p. (di cui si dirà nei capitoli seguenti); se non lo fanno è perché temono di esporsi personalmente ad atti ritorsivi e hanno paura di mettere in pericolo l'incolumità dei propri cari.

Questo elemento non va sottovaluto perché impedisce di estendere il più possibile la disciplina della collaborazione di giustizia con evidente danno per il nostro ordinamento, che promuove tale istituto, e per tali soggetti, ai quali è così impedito di accedere a determinati benefici penitenziari e di vedersi stemperare il trattamento di rigore che caratterizza l'esecuzione della propria pena.

Non ne beneficia nemmeno il prosieguo delle indagini: è indubbio che la mancata collaborazione di giustizia dei membri delle organizzazioni, che costituiscono una fonte indispensabile di notizie per gli inquirenti, comporti un nocumento per le inchieste antimafia, in quanto i magistrati e le forze di polizia non possono in questo modo poggiare sulle dichiarazioni dei diretti appartenenti alle cosche per compiere i loro riscontri.

A questo proposito è significativo il dato riguardante il numero di collaboratori di giustizia provenienti dalle 'ndrine calabresi: come si è già avuto modo di evidenziare, nonostante l'espansione raggiunta dalle indagini riguardanti la mafia calabrese, considerata ad oggi la più potente organizzazione criminale d'Italia, e l'impegno profuso da magistrati indefessi per debellare in queste aree tale fenomeno, la 'Ndrangheta continua a rappresentare il gruppo con il minor numero di collaboratori di giustizia rispetto alle sue proporzioni: i *clan* hanno struttura parentale ed è più difficile per i membri rinunciare ai propri affetti e 'tradire' la famiglia d'origine, da cui sarebbero irrimediabilmente abbandonati.

Se non ci è dato sapere i nomi di coloro che rimangono restii alla collaborazione per i succitati motivi, è vero, però, che si conoscono molte storie di lungo travaglio interiore, sfociate infine nella scelta di dissociarsi e intraprendere il percorso collaborativo a fianco dello Stato.

Purtroppo non sempre lo Stato sembra aver cura di queste persone, tradite dall'illusione di poter ricostruire una vita serena lontano dalle ritorsioni dei vecchi sodali mafiosi.

7.1. Un caso emblematico: la storia di A.

Tra le tante storie che si potrebbero raccontare si è pensato di riportare quella di A¹²¹.

121La vicenda di A. è raccontata, tra gli altri, in: CARDELLA C., MACALUSO M., *Vite sotto protezione*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti*, cit., p. 106 ss.

Ovviamente non è dato sapere il suo nome, né dove adesso si trovi assieme alla sua famiglia; si tratta di un collaboratore di giustizia siciliano che ha deciso di affidare il suo malumore e la sua sensazione di abbandono alle lettere col suo avvocato.

Nel lungo scambio epistolare intercorso con il legale A. racconta con tono disincantato le sofferenze che ha dovuto patire la sua famiglia in seguito alla scelta di collaborare con la giustizia, scelta che forse non rifarebbe più potendo tornare indietro.

Oltre al costante limbo in cui si trova sospeso nel non sapere se il programma di protezione gli verrà revocato o meno, sono anche altre le carenze che A. denuncia: una sera suo figlio è tornato a casa terrorizzato perché era stato pedinato da un'auto con targa siciliana; la bambina più piccola non riesce a costruirsi un'identità a causa del continuo cambio di località protetta e, conseguentemente, dei documenti di copertura.

L'insicurezza patologica è divenuta una costante delle vite di questa famiglia: lo stesso protagonista della storia è finito più volte al pronto soccorso a causa di una forte depressione ansiosa.

A tutto ciò si accompagna la consapevolezza di essere soli nel riprendere in mano la propria esistenza a causa della burocratizzazione del sistema, che sembra non tener conto che di mezzo ci siano delle persone.

Gli alloggi di emergenza sono spesso alberghi non attrezzati in cui questi soggetti sono costretti a permanere per molto tempo. Significativo il passaggio in cui A. denuncia di essere stato obbligato a trasferirsi improvvisamente con la famiglia in altro luogo per ragioni di sicurezza: "Ci hanno buttati in un albergo, siamo ridotti come degli zingari, siamo senza vestiario, è rimasto tutto a M. Mia moglie il bucato che lava lo mette da per tutto sulle sedie per asciugare, i miei figli si vergognano a uscire perché non hanno vestiti".

Il futuro di A. e dei suoi familiari è incerto, manca di progettualità: lo Stato non è riuscito a mantenere la promessa di consentire loro una vita dignitosa lontano dalle possibili rappresaglie del gruppo criminale di provenienza.

A. si deve confrontare quotidianamente con le proprie fragilità e la consapevolezza che la scelta di collaborare ha sconvolto anche la vita dei suoi affetti più importanti. A. è tormentato da una domanda, da quella domanda: e se potessi tornare indietro?

Lungi da chi scrive cercare di suscitare del *pathos* nel lettore.

Questa brevissima parentesi è stata pensata per fornire delle suggestioni di natura non prettamente giuridica, al fine di aprire uno squarcio in un mondo talvolta osservato dai giuristi con freddo distacco e rispetto al quale assumere una prospettiva diversa può, a modesto parere, essere, invece, un arricchimento.

8. Considerazioni finali

Pur rinviando al capitolo conclusivo considerazioni più approfondite a proposito della efficacia ed efficienza dello strumento ivi analizzato, si è pensato fosse utile abbozzare una prima, seppur acerba, valutazione di tale istituto.

Come è stato più volte evidenziato, la collaborazione di giustizia rappresenta un indispensabile mezzo di lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

La constatazione della sua indefettibilità non è il frutto di una posizione aprioristica, ma si regge su un fondamento di tipo empirico: le indagini antimafia che poggiano sulle dichiarazioni particolareggiate dei collaboratori di giustizia sono quelle che meglio sono riuscite nei fatti a reprimere penalmente il fenomeno mafioso.

Certo, lo strumento con cui ci confrontiamo non è perfetto ed è pur sempre migliorabile, ma questo non significa che, nonostante i suoi limiti, di esso si possa fare a meno.

A ben riflettere ogni disciplina legislativa porta con sé pregi e difetti: a questa regola non fa eccezione quella sulla collaborazione di giustizia.

Con riferimento alla valorizzazione degli aspetti special-preventivi di cui anche questa disciplina deve tener conto, non bisogna dimenticare che l'istituto della collaborazione incoraggia la dissociazione dal gruppo criminale di provenienza, aprendo per questa via una serie di innumerevoli vantaggi al dichiarante soprattutto in fase esecutiva.

Le resistenze in questo senso di parte della dottrina appaiono (queste sì) avere un retaggio ideologico: i 'pentiti' non sono affidabili, non meritano sconti di pena così rilevanti, ecc.

In realtà il nostro ordinamento appronta già delle guarentigie, prima fra tutte la necessità che le dichiarazioni dei collaboratori siano verificate con appositi riscontri svolti dalla magistratura requirente e dalla polizia giudiziaria.

Qualunque pubblico ministero avveduto sa perfettamente che l'impianto accusatorio, per essere credibile, deve essere fondato su una varietà di elementi e non solo sulle prodezze dei collaboratori.

In secondo luogo, affermare che i benefici concessi ai collaboratori di giustizia sviscerano l'esigenza di repressione dei reati non tiene conto di un dato di realtà: se è vero che ad essi si applicano, sussistendone i presupposti, una serie di istituti premiali, è altresì vero che quasi sempre a ciò si accompagna l'elaborazione di un programma di protezione che tuteli il collaboratore e la sua famiglia, che in questo modo sono costretti a patire i costi della scelta dissociativa.

Inoltre, a fronte dei benefici concessi al collaboratore, lo Stato ottiene numerose informazioni altrimenti non conseguibili.

Non bisogna, infine, dimenticare che un ordinamento come il nostro, che mira ad essere il più possibile laico, deve lasciar fuori considerazioni di tipo

meramente etico; è necessario valutare oggettivamente se il differenziale costi-benefici sia positivo, come sembra essere in questo caso.

Quello che semmai emerge è, mi sia permesso, un atteggiamento a tratti schizofrenico del legislatore: da una parte la collaborazione di giustizia è fortemente incentivata in ragione della sinallagmaticità delle utilità tratte dallo Stato e dai collaboratori; dall'altra, nel momento in cui il fenomeno prendeva piede si è cercato di limitarne la portata (peraltro senza riuscirci nel lungo termine) attraverso l'introduzione di una normazione più rigorosa e ciò - si diceva - in ragione dei costi divenuti insostenibili dai nostri apparati.

Rendono suggestivamente l'idea le parole trancianti di Pietro Grasso, neo-procuratore di Palermo all'epoca dell'emanazione della l. 45/01: "Se fossi un mafioso, non mi pentirei più"¹²².

Il sospetto, che vale la pena rimarcare, è che ci sia stata la volontà politica di indebolire uno strumento attraverso cui erano emerse pregnanti responsabilità della classe dirigente.

Si rimandano comunque al capitolo conclusivo valutazioni più analitiche, che potranno essere compiute solamente dopo aver analizzato gli altri strumenti di contrasto alla criminalità mafiosa.

¹²²Questa frase, simbolo della critica della magistratura requirente nei confronti della riforma del 2001, è stata estrapolata da un'intervista di Felice Cavallaro a Pietro Grasso e apparsa sul *Corriere della Sera* il 18 marzo 2001.

Capitolo 2

I LIMITI ALLA CONCESSIONE DEI BENEFICI PENITENZIARI

Sezione I

La prima formulazione dell'art. 4-bis o.p.

SOMMARIO: 1. Inquadramento - 2. Il contesto normativo precedente all'introduzione dell'art. 4-bis o.p. - 2.1. Dal d.l. 13 novembre 1990, n. 324, all'introduzione dell'art. 4-bis o.p. - 3. La prima formulazione - 3.1. La *ratio* - 3.2. La 'struttura a fasce' - 3.2.1. Il regime probatorio per i reati di 'prima fascia' - 3.2.2. Il regime probatorio per i reati di 'seconda fascia'. Considerazioni - 3.3. Il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica. La magistratura di sorveglianza - 4. Le reazioni successive all'introduzione dell'art. 4-bis o.p.

1. Inquadramento

Se il capitolo precedente è stato interamente dedicato all'analisi dell'istituto della collaborazione di giustizia, le pagine che seguiranno saranno incentrate, invece, sulla trattazione dei limiti alla concessione delle misure alternative e dei benefici penitenziari, usualmente sussunti sotto l'etichetta di 'limiti previsti dall'art. 4-bis o.p.¹²³.

¹²³Come si vedrà, l'art. 4-bis o.p. rappresenta la norma simbolo del trattamento penitenziario differenziato; la sua portata è dirimpante rispetto agli equilibri del sistema di esecuzione penale e si trascina ben oltre i confini del suo dettato. All'art. 4-bis o.p. fanno infatti riferimento molte altre disposizioni della l. 26 luglio 1975, n. 354; si vedano, ad esempio, le norme che disciplinano le singole misure alternative o i singoli benefici penitenziari, le quali prevedono limiti temporali di esecuzione della pena più alti con riferimento ai reati di cui all'art. 4-bis o.p. in mancanza di collaborazione di giustizia ex art. 58-ter o.p.; o ancora, in tema di liberazione condizionale per i soggetti condannati per taluna delle condotte elencate all'art. 4-bis o.p. si veda il rinvio mobile operato dall'art. 2, comma 1, del d.l. 152/91 nonché l'orientamento della Corte Costituzionale, che con sent. n. 273/01 ha ribadito la necessità di collaborare quale prova del "sicuro ravvedimento" stabilito dall'art. 176 c.p. Di qui la sua centralità e la ragione per cui dottrina e giurisprudenza hanno fin da subito focalizzato la loro attenzione su questa disciplina. Così in: GREVI V., *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994, p. 4. Come è stato correttamente messo in luce, l'art. 4-bis o.p. si qualifica norma generale rispetto a numerose disposizioni speciali

Tale norma, pensata appositamente come segnale di contrasto alla criminalità organizzata, in special modo mafiosa, è stata introdotta per la prima volta con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, ed è stata oggetto di numerose modifiche del legislatore e di parecchi interventi della stessa Corte Costituzionale.

Proprio la sua continua interpolazione rappresenta la cifra distintiva dell'art. 4-bis o.p. e la ragione che ne rende complessa la lettura.

Come si avrà modo di notare nel prosieguo, subito dopo la sua entrata in vigore la disposizione è stata oggetto di critica da parte della dottrina, che ne ha unanimemente condannato l'impostazione concettuale, ed è stata immediatamente sottoposta all'attenzione della giurisprudenza di legittimità e, soprattutto, al vaglio di quella costituzionale, che ne ha censurato in diverse occasioni l'eccessiva rigidità.

È infatti questa la norma che stabilisce rigorosi divieti (*rectius* limiti¹²⁴) alla concessione di benefici penitenziari con riferimento ai soggetti detenuti o internati per taluni reati tassativamente indicati dallo stesso articolo di legge.

Si tratta di fattispecie delittuose ritenute di particolare allarme sociale, prime fra tutte quelle di tipo associativo, per le quali il legislatore ha stabilito fosse opportuno prevedere un dettato normativo più rigoroso da applicarsi in fase di esecuzione della pena.

Più precisamente si sono individuati alcuni reati caratterizzati da particolare gravità e, in relazione a tali condotte, si è intervenuti a modificare il regime di acquisizione probatoria finalizzato alla concessione dei benefici e delle misure alternative.

Nel capitolo introduttivo si è focalizzata l'attenzione sul contesto storico che portò all'emanazione all'inizio degli anni '90 di diversi pacchetti normativi facenti parte di un unico grande disegno volto ad arginare la recrudescenza del fenomeno mafioso: attraverso la c.d. 'decretazione d'emergenza' la classe politica si mostrava agli occhi dell'opinione pubblica consapevole della necessità di intervenire sul piano penale¹²⁵, sia processuale che sostanziale,

dell'ordinamento penitenziario; così in: FIORIO C., "Logiche" dell'emergenza e "razionalità" normativa, in *Giur. it.*, 2013, f. 3, p. 666.

124 Giova da subito precisare infatti che l'art. 4-bis o.p., attualmente rubricato "Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti", non stabilisce divieti assoluti, bensì limiti di concedibilità dei benefici penitenziari e delle misure alternative, in quanto enuncia per ciascuna 'fascia' di reati, e quindi di rei, il particolare regime probatorio a cui è subordinata tale ammissibilità; IOVINO F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, f. 5, p. 1261. Limiti invalicabili sono semmai posti da altre norme e con riferimento a situazioni particolari: si ci riferisce in particolare all'art. 47-ter o.p., che, nel disciplinare la misura alternativa della detenzione domiciliare ordinaria con riguardo alle ipotesi *sub* comma 01 e 1-bis, ne vieta la concedibilità per i condannati a taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis o.p.

125 GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, f. 3, 1992, p. 132; l'autore parla di vera e propria

inasprendo la repressione per talune fattispecie associative, con particolare attenzione per quelle di stampo mafioso.

Sotto tale spinta allarmistica il legislatore decise di introdurre *ex novo* l'art. 4-bis o.p., con la cui emanazione si venne di fatto a creare quello che la dottrina ha poi ribattezzato come 'sistema del doppio binario'¹²⁶, ovvero un sistema di esecuzione penale assai diverso da quello previsto per la criminalità c.d. comune.

Di qui l'importanza di tale disposizione, che dalla sua entrata in vigore ha così profondamente mutato la fisionomia dell'ordinamento penitenziario¹²⁷; per ragioni di completezza la trattazione coinvolgerà anche le norme strettamente correlate, come l'art. 58-ter o.p., che tipizza la collaborazione giudiziale fruttuosa (cif. *supra*, Cap. 1, § 3.3.).

A differenza del precedente capitolo, nel quale l'analisi della collaborazione di giustizia era tripartita in disciplina legislativa, contributi della dottrina e interventi della giurisprudenza, si è qui operata una scelta diversa, volta a mantenere unità nella trattazione.

Pur possedendo questi tre 'momenti' una propria autonomia concettuale, giova fin da subito evidenziare infatti che il dettato normativo di cui all'art. 4-bis o.p. è stato assoggettato nel tempo a modifiche testuali e interpretazioni sistematiche frutto dell'intreccio tra dibattito legislativo e contributi provenienti dal mondo accademico e giurisprudenziale.

La scelta di riproporre tale intreccio rispecchia, quindi, la complessità dell'evoluzione che ha interessato il contenuto testuale e l'interpretazione della disposizione in esame.

"rabbia sociale" come reazione alle stragi estive del 1992, a cui il legislatore diede risposta attraverso una "escalation normativa ampiamente condizionata (...) dalle necessità e dalle esigenze contingenti ed eccessivamente influenzata dalle emozioni e dai sentimenti di indignazione e di protesta causati dalle più recenti e barbare «esecuzioni mafiose»".

126Tra i primi a parlare di 'doppio binario': GREVI V., *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 12; IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata. Brevi note sul d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 202*, in 'Cass. pen.', 1992, f. 2, p. 444 (nota 15). Nello stesso senso, sottolinea la direzione intrapresa dal legislatore di costruire un sistema trattamentale multilivello: GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 123; se ne riporta qui l'*incipit*: "I recenti interventi legislativi di carattere emergenziale, concepiti nel tentativo di arginare il dirompente dilagare della criminalità organizzata, e in primo luogo quella mafiosa, hanno sensibilmente inciso anche nella materia penitenziaria, attraverso una mini-riforma che, per quanto dettata soltanto con riferimento ad alcune, particolari tipologie di reati e di condannati, ha comunque finito per influire sull'intero sistema penitenziario, delineando una disciplina le cui peculiarità appaiono destinate a sovvertire, sotto certi aspetti, la stessa disciplina del trattamento in fase esecutiva di natura, per così dire, «ordinaria»".

127CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, in DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, Cedam, 2006, p. 54.

Date le difficoltà che la disciplina indubitabilmente pone, si è comunque deciso di facilitarne la comprensione articolando il capitolo in tre sezioni, ognuna focalizzata su un particolare aspetto: l'introduzione della norma, la sua riformulazione, le prospettive per una sua (auspicata) riforma.

La prima sezione sarà incentrata sul *background* normativo e sulla introduzione dell'art. 4-bis o.p. nel 1991.

La seconda sezione del capitolo sarà dedicata alla formulazione odierna della norma, novellata nel 1992, e alla comprensione del suo funzionamento in relazione ai molteplici istituti coinvolti.

Nella terza sezione, a chiusura del capitolo, verrà dato conto degli orizzonti di modifica che negli ultimi anni si sono elaborati e che sono stati posti, al momento senza concrete conseguenze, all'attenzione del legislatore.

Essendo già state spese molte pagine in merito al contesto storico che portò all'emanazione dei primi decreti legge di contrasto alla criminalità organizzata, non sarà qui necessario ripetersi; può, invece, essere molto utile cominciare la trattazione partendo dal contesto normativo previgente all'introduzione dell'art. 4-bis o.p.

Si vedrà infatti che, pur rappresentando questi un *novum* nel panorama penitenziario italiano, non mancavano nel nostro ordinamento segnali della direzione in cui si sarebbe orientato, piuttosto drasticamente, il legislatore.

Successivamente l'analisi si focalizzerà sulle diverse formulazioni dell'art. 4-bis o.p., che saranno commentate di volta in volta¹²⁸; a questo fine saranno utilizzati i testi legislativi, che verranno riportati per stralci; indubitabilmente, la lettura della norma appesantisce il ritmo della trattazione, ma costituisce, a parere di chi scrive, elemento ineliminabile e punto di partenza indefettibile per considerazioni più approfondite.

L'art. 4-bis o.p. rappresenta uno dei nodi più critici dell'intero ordinamento penitenziario e, conseguentemente, uno dei temi su cui si è maggiormente focalizzato il recente dibattito, in vista, si ci augura, di una sua imminente riforma orientata al fondamentale principio rieducativo, cristallizzato all'art. 27, comma 3, Cost.

2. Il contesto normativo precedente all'introduzione dell'art. 4-bis o.p.

Prima di cominciare ad analizzare il dettato di cui all'art. 4-bis o.p. si è ritenuto fosse opportuno descrivere brevemente il quadro normativo

¹²⁸Non essendo questo elaborato un'opera monografica sull'art. 4-bis o.p., non si ci soffermerà ad analizzare ogni singola modifica legislativa, ma solo quelle che si considereranno particolarmente rilevanti ai fini della presente trattazione, che si ricorda essere incentrata sulle strategie di lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

previgente; in questo modo sarà facilitata la comprensione dei diversi passaggi legislativi che, nel loro dipanarsi, condussero all'introduzione di questa discussa disposizione.

A metà degli anni '80 fu emanata la celeberrima l. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini), che veniva profondamente a modificare l'ordinamento penitenziario nell'ottica di una maggiore valorizzazione del principio rieducativo¹²⁹.

Tra gli istituti introdotti dalla riforma vi era quello della detenzione domiciliare, disciplinata dal nuovo art. 47-ter o.p.

Non interessa qui addentrarsi nello specifico di tale misura alternativa; ai fini della presente disamina merita, però, considerazione il comma 2 del medesimo articolo.

Contravvenendo allo spirito generale della riforma, il legislatore introduceva per la prima volta una regola di concessione facente specifico riferimento ai reati di tipo associativo, primo fra tutti l'associazione a delinquere di stampo mafioso¹³⁰.

Recitava testualmente il comma 2: "La detenzione domiciliare non può essere concessa quando è accertata l'attualità di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata o di una scelta di criminalità".

Il legislatore aveva, dunque, imposto un regime differenziato di concessione del beneficio per il caso in cui si ritenesse che il soggetto fosse vicino alla malavita organizzata, prevedendo che - nell'eventualità in cui vi fossero elementi tali da far presupporre un collegamento con questa - la misura alternativa in esame dovesse essere negata.

La norma è particolarmente rilevante se si pensa che, pur rappresentando allora un caso isolato¹³¹, determinò il momento a partire dal quale il piano dell'esecuzione penale avrebbe costituito l'ambito di elezione della legislazione antimafia.

129 Tale esigenza scaturiva dal dissolvimento dell'idea che il carcere potesse avere una funzione rieducativa; erano ormai noti gli effetti desocializzanti e criminogeni di tale istituzione totalizzante, che doveva essere ridisegnata. La legge Gozzini, dunque, fece propria l'esigenza di proiettare all'esterno del carcere le istanze special-preventive e in quest'ottica prevede ed espande la fruizione di una serie di benefici extramurari. In questo, tra gli altri, COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., pp. 21-22.

130 Questi ed altri profili sono presi in considerazione da: CESARIS L., *La detenzione domiciliare come modalità alternativa dell'esecuzione penitenziaria*, in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma: l. 10 ottobre 1986 n. 663*, Padova, Cedam, 1988, p. 213; MAMBRIANI A., *La detenzione domiciliare: primi spunti sistematici*, in *'Giust. pen.'*, 1988, f. 8-9, p. 405 ss.

131 Con il comma 2 dell'art. 47-ter o.p. faceva ingresso per la prima volta nell'ordinamento penitenziario la locuzione 'criminalità organizzata'. Per un approfondimento in tal senso: GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 128.

Ben presto il legislatore avvertì infatti la necessità di estendere tale guarentigia anche ad altri istituti introdotti dalla l. 663/86, considerata in generale una legge dai toni disinvoltamente liberali¹³².

Pur essendo stato salutato con favore l'approccio special-preventivo di taluni istituti¹³³, non si mancava di far notare che sarebbe stato opportuno controbilanciare la previsione dei benefici penitenziari apprestando adeguate cautele limitatamente ad ipotesi delittuose di particolare allarme sociale; in questo modo sarebbero state contemperate anche le esigenze di prevenzione generale¹³⁴.

Emblematiche del contesto di cui si parla sono le parole di Bruno Guazzaloca, che, nel riassumere le maggiori censure mosse alla legge Gozzini, ricordava che ad essa veniva rimproverato "un eccessivo garantismo e, in ultima analisi, una ingiustificata, esagerata tutela delle posizioni e delle spettanze della popolazione detenuta, soprattutto di quella parte di essa ancora presuntivamente legata all'organizzazione criminale di appartenenza e, di

132Di "eccessivo permissivismo" parla ad esempio Carlo Fiorio in: FIORIO C., *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in BARGI A. (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 1139. L'autore sottolinea che, negli anni successivi all'emanazione della l. 663/86, si diffuse un certo malumore favorito dagli "sporadici, ma eclatanti episodi di insuccesso applicativo della normativa". Per una critica 'a caldo' si rimanda, invece, a: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario dagli ideali smarriti della scommessa «anticustodialistica» agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»*, in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 80-81; due in questo contributo sono gli elementi posti in evidenza: la sfasatura troppo marcata tra pena irrogata nel giudizio di cognizione e pena eseguita in concreto, con conseguente svilimento del criterio di proporzionalità tra reato e sanzione; l'ampia discrezionalità della magistratura di sorveglianza, che ammetteva i soggetti a fruire di istituti premiali con troppo lassismo, come risultava palese dai non infrequenti casi in cui condannati per gravi delitti, come l'associazione a delinquere di stampo mafioso, avevano usufruito di permessi premio e altri benefici al fine di rendersi irreperibili o riprendere la propria carriera criminale. In questo senso anche: COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 32.

133Tra i contributi che mettono meglio in evidenza i benefici apportati nel breve termine dalla legge Gozzini si può ricordare quanto argomentato da Franco Della Casa, che, utilizzando le statistiche della criminalità e i dati economici disponibili, evince elementi a supporto della bontà della riforma stessa: "A distanza di circa un anno e mezzo dall'entrata in vigore della legge di riforma (...) gli accenti critici sono pressoché inesistenti. Numerose, al contrario, le note positive, tra cui spicca, in particolare, una non celata soddisfazione per la riduzione del sovraffollamento carcerario". Per un ulteriore approfondimento in merito si rimanda a: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 75 ss.

134Nel ripercorrere tale tipo di critica alla legge Gozzini afferma Paola Comucci: "La nuova ondata di criminalità, tanto di piccolo calibro che di tipo mafioso o camorristico, di cui si è costretti a prendere atto in quel periodo, sembra costituire la prova più evidente di una politica penitenziaria sbagliata; si ingenera il dubbio che il modello di sistema ancorato all'idea della pena flessibile non abbia saputo produrre che altra criminalità". Così in: COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 32.

conseguenza, inevitabilmente considerata come dotata di una particolare «pericolosità sociale»¹³⁵.

Erano questi anni incandescenti sotto il profilo della lotta alla criminalità organizzata: se stava lentamente cominciando a scemare l'interesse al contrasto del terrorismo interno, non altrettanto si poteva affermare con riferimento alla c.d.'emergenza mafiosa'.

Sembrava quindi improcrastinabile un serio intervento legislativo, volto ad arginare e reprimere l'ascesa della malavita organizzata nel nostro Paese.

Un primo passo in questa direzione fu costituito dalla l. 19 marzo 1990, n. 55, emanata sull'onda emotiva causata da alcuni omicidi eccellenti, come quello del giudice Antonino Saetta, consumatosi il 25 settembre 1988, che avrebbe dovuto presiedere il grado di Appello del 'maxiprocesso' a Palermo¹³⁶.

La legge, intitolata "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale", aveva l'intento di fronteggiare la criminalità organizzata sotto il profilo amministrativo e penale.

Tra le novità di maggiore interesse, particolarmente rilevante è la modifica dell'art. 30-ter o.p., al quale venne aggiunto un comma 1-bis (successivamente abrogato), in cui si subordinava la concessione di permessi premio a un regime probatorio differenziato¹³⁷, secondo una formula molto simile a quella che sarebbe stata adottata poco dopo con l'introduzione dell'art. 4-bis o.p.¹³⁸

Più nello specifico la norma prevedeva che, qualora il titolo di reato per il quale era stata eseguita la condanna fosse sequestro di persona ovvero associazione a delinquere di stampo mafioso o eversivo, si rendesse necessaria l'acquisizione di elementi tali da "escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata".

La regola probatoria così introdotta per la concessione di permessi premio (molto diversa da quella precedentemente analizzata in riferimento alla

135GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 124. In questo breve passaggio l'autore mette in evidenza la *ratio* che spinse il legislatore all'emanazione dei decreti legge dei primi anni '90, ovvero la necessità di verificare con maggior rigore per taluni 'tipi d'autore' il requisito della cessata pericolosità sociale. Ciò segnava l'abbandono di uno dei capisaldi della l. 663/86, che all'art. 31 stabiliva il divieto di ogni presunzione legale di pericolosità dei condannati in ordine al reato commesso. Quello che sembrava, dunque, essere un valore cardine dell'ordinamento penitenziario venne nei fatti subordinato a preminenti esigenze di difesa sociale.

136Di questa importante pagina giudiziaria si ci è occupati nell'introduzione, alla quale si rimanda.

137La nuova configurazione della norma in esame è ampiamente analizzata da: CURI F., *L. 19 marzo 1990, n. 55. Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di criminalità. (Commento artt. 13-14)*, in *'Leg. pen.'*, 1991, f. 3, p. 445.

138GREVI V., *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 5.

detenzione domiciliare¹³⁹) rasentava "la fisionomia di una *probatio diabolica*"¹⁴⁰ e sarebbe stata ampliata nel biennio successivo al settore delle misure alternative nonché all'assegnazione al lavoro all'esterno¹⁴¹.

Lo stesso anno il legislatore decise di intervenire ancora più drasticamente con delle misure di carattere dichiaratamente emergenziale¹⁴² e di impostazione draconiana.

Data l'importanza assurda da tali disposizioni è forse opportuno analizzarne la portata in un apposito paragrafo.

2.1. Dal d.l. 13 novembre 1990, n. 324, all'introduzione dell'art. 4-bis o.p.

Il titolo dato a questo nuovo articolato normativo, "Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa", è di per sé emblematico della crescente esigenza di reprimere un fenomeno, quello della delinquenza di matrice mafiosa, che era divenuto ormai egemonico.

Si scelse, dunque, di intervenire immediatamente utilizzando lo strumento del decreto legge¹⁴³; il 13 novembre 1990 venne emanato il d.l. n. 324, che si distinse per l'intransigenza dimostrata dal legislatore¹⁴⁴: l'art. 1 stabilì un divieto di concessione dei permessi premio¹⁴⁵, del lavoro all'esterno e delle misure

139Si sarà infatti notato che la legge Gozzini aveva introdotto sì un particolare regime di acquisizione della prova per accedere alla misura ex art 47-ter o.p., ma coerentemente con i principi generali dell'ordinamento, trattandosi di prova positiva; al contrario, il legislatore del 1990 aveva scelto di gravare di un pesante onere probatorio il soggetto potenzialmente beneficiario di permessi premio, venendo a configurare una prova negativa. Per un approfondimento in tal senso cfr. *infra* § 3. 2.

140GREVI V. *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 5.

141Argomenta a proposito dell'anticipazione dell'"indirizzo che sarà organicamente sviluppato in seguito": DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 87.

142Il legislatore stabilì che le norme avrebbero avuto applicazione quinquennale. Dalla temporaneità delle disposizioni si può dedurre l'approccio emergenziale con cui si ci rapportava al fenomeno mafioso.

143Questa scelta non è indifferente: come già messo in luce nel primo capitolo, ciò è significativo dell'atteggiamento emergenziale con cui il legislatore decise di affrontare tale fenomeno; si può ora aggiungere che l'opzione del decreto-legge assume anche un'altra valenza, in quanto "per sua natura (...) espressione di una visione unilaterale dei problemi su cui è destinato a incidere", natura peraltro non temperata nel caso di specie dal dibattito parlamentare, resosi contenuto in ragione dei gravi fatti contingenti. Così in: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 75.

144Di "azione di rimodellamento, in senso restrittivo, della legge penitenziaria" si parla in: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 89.

145Ne conseguì la logica abrogazione del comma 1-bis dell'art. 30-ter o.p., divenuto per questa via pleonastico.

alternative¹⁴⁶ a sfavore dei condannati per una serie di reati ritenuti dal legislatore espressione di appartenenza alla criminalità organizzata o eversiva.

L'*iter* parlamentare per convertire tale decreto in legge ordinaria si rese piuttosto tortuoso e dall'esito niente affatto scontato.

Si susseguirono ben tre decreti legge¹⁴⁷, che costituivano la reiterazione del primo, con i quali il legislatore cercò di fissare una regola probatoria che limitasse di fatto il potere in capo alla magistratura di sorveglianza di concedere i suddetti benefici penitenziari¹⁴⁸.

Nel corso del dibattito parlamentare e dei diversi passaggi intermedi il rigore dettato dall'originario d.l. 324/90 venne stemperato, pur venendo comunque introdotto con la legge di conversione un regime particolarmente severo e attento alle già menzionate esigenze di prevenzione generale.

Nel decreto legge immediatamente successivo al primo l'applicazione dei benefici penitenziari era subordinata alla sussistenza della prova negativa circa l'attualità dei collegamenti con l'associazione criminale di provenienza.

Negli altri due decreti legge venne compiuta un'ulteriore scelta, in quanto si divisero in 'fasce' i delitti riconducibili alla criminalità organizzata, il che denotava una prima, seppur fragile, attenzione alla diversità sussistente tra le diverse condotte¹⁴⁹.

La medesima impostazione fu, poi, mantenuta con la l. 12 luglio 1991, n. 203, che convertì il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, con il quale era stata inserita per la prima volta questa disciplina sotto la rubrica dell'art. 4-bis o.p.

3. La prima formulazione

L'introduzione dell'art. 4-bis o.p., frutto di un travagliato *iter* parlamentare, rappresentò in realtà, più che un punto di approdo, solo un punto di partenza.

Come sarà possibile esaminare dettagliatamente nel prosieguo, la formulazione della norma, introdotta con il d.l. 152/91, attirò immediate critiche da parte di dottrina e giurisprudenza, che ne propugnavano, se non l'abolizione, quantomeno una sua riforma.

Per comprendere da cosa muovessero queste censure è, dunque, necessario chiarire la *ratio* della norma, per poi analizzarne struttura e concreto funzionamento.

146Si ci riferisce, ovviamente, all'affidamento al servizio sociale, alla detenzione domiciliare e alla semilibertà. Non veniva citata la liberazione anticipata, che, dunque, doveva essere esclusa dal novero dell'art. 1.

147Per l'esattezza si tratta dei seguenti decreti legge: d.l. 12 gennaio 1991, n. 5, d.l. 13 marzo 1991, n. 76, d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. nella nota l. 12 luglio 1991, n. 203).

148DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 90.

149DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 91.

3.1. La *ratio*

Le motivazioni che spinsero il legislatore a introdurre una disposizione come quella dell'art. 4-bis o.p. sono facilmente desumibili dal contesto storico di riferimento.

Lo Stato, ormai attanagliato dalla morsa mafiosa, decise di reagire con virulenza per riaffermare la propria superiorità, compromessa dall'impotenza dimostrata successivamente a molti episodi stragisti del passato recente e lontano¹⁵⁰.

Fu solo con l'inizio degli anni '90 che si ci rese conto della necessità di intervenire immediatamente¹⁵¹; la via che si scelse fu quella dell'intransigenza e la norma in esame ne rappresenta un esempio lampante: l'art. 4-bis o.p. apparve subito più un atto di forza che una misura volta a contrastare realmente la criminalità organizzata.

Una considerazione: le norme, soprattutto quelle che incidono sulle libertà personali, non dovrebbero mai essere il frutto di scelte istintive, bensì il risultato di un processo di ponderazione tra gli interessi in gioco¹⁵²: emergeva, invece, con tutta evidenza l'inadeguatezza della dialettica parlamentare, frettolosa e comunque arroccata sulle preminenti (e pressanti) istanze di difesa sociale¹⁵³.

Nel caso di specie, le esigenze di prevenzione speciale sono state svilite, per non dire annullate, rispetto a quelle di prevenzione generale.

La necessità di mostrare agli occhi dell'opinione pubblica fermezza e rigore è risultata preponderante rispetto a quella di valorizzare l'ideale rieducativo proprio di uno Stato di diritto.

Come si cercherà di argomentare, quella del legislatore fu una scelta emotiva dettata da un'impostazione parzialmente ideologica, ovvero l'impossibilità di risocializzare i condannati per taluno dei reati tassativamente indicati dal medesimo art. 4-bis o.p., approccio di per sé da condannare, in

150Come vi è stato modo di evidenziare nell'introduzione, emblematici di questo atteggiamento di soggezione sono, ad esempio, le vicissitudini giudiziarie successive alla strage di Ciaculli del 30 giugno 1963.

151Riassume bene i termini della questione Franco Della Casa, che sottolinea come tali provvedimenti "presentano il comune denominatore di essere stati assunti *ex abrupto*, sotto la spinta degli avvenimenti"; così in: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 74.

152A questo proposito, il Consiglio Superiore della Magistratura non mancò di sottolineare che, peraltro, la situazione di emergenza si era venuta ad esacerbare a causa della perdurante inerzia del legislatore e che il risultato finale, rappresentato da una serie di decreti legge frettolosamente emanati, era emblematico dell'atteggiamento con cui si era deciso di affrontare la criminalità mafiosa. Affermava suggestivamente il CSM: "Si ritiene che non possa costituire ragione dell'urgenza la cosiddetta imputazione soggettiva del ritardo". Così nel parere deliberato nel corso della seduta del 20 dicembre 1990, per il quale si rimanda a: www.csm.it.

153COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 39.

quanto sottintende l'idea di un ordinamento incapace di farsi carico del percorso rieducativo anche nei casi più difficili¹⁵⁴.

Uno Stato di natura democratica dovrebbe rifiutare di stigmatizzare un soggetto in base alla natura del reato commesso e dovrebbe rigettare con convinzione l'idea di una categoria di rei aprioristicamente considerata più pericolosa rispetto ad altre.

Di fronte alla gravità di determinate condotte delittuose lo Stato sembrava arretrare, ammettendo la propria sconfitta nel tentare di apprestare efficaci percorsi rieducativi, e preferendo trincerarsi dietro le superiori esigenze di prevenzione generale, che avrebbero legittimato anche la predisposizione di un articolato normativo della cui costituzionalità si dubitò fin da subito¹⁵⁵.

Tale impostazione è ravvisabile nella stessa collocazione della norma: l'inserimento dell'art. 4-bis o.p. tra i "Principi direttivi" della l. 354/75 non è casuale ed è sintomatica del segnale di rigore voluto dal legislatore¹⁵⁶, che

154Argomenta a questo proposito Paola Corvi che il trattamento penitenziario cui assoggettare tali autori di reato dovrebbe essere sì differenziato, ma secondo una prospettiva completamente diversa, volta non a elidere gli elementi rieducativi, bensì a valorizzarli tenuto conto delle particolarità della delinquenza di tipo associativo. La lettura di un suo passaggio potrebbe essere utile a comprendere meglio quanto espresso dall'autrice: "Il 'trattamento penitenziario' dei detenuti per i reati di criminalità organizzata dovrebbe avere un contenuto differenziato rispetto agli altri detenuti, perché la risocializzazione dei primi (...) dovrebbe tendere non solo a cogliere, superandolo soggettivamente, il disvalore specifico di ogni delitto commesso, ma anche mirare ad eliminare dal proprio bagaglio culturale, personale, professionale, familiare e sociale l'opinione di far parte e di poter far parte di un organismo e forse di un ordinamento parallelo, se non contrapposto a quello legale, espressione di uno Stato democraticamente basato sulla sovranità popolare". In questa prospettiva le esigenze rieducative non verrebbero esautorate e sarebbero poste in risalto alla luce delle caratteristiche proprie di questa tipologia delittuosa. Il contributo poc'anzi citato è tratto da: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, Cedam, 2010, pp. 22-23. Interessanti sono, poi, i recenti orientamenti in tema di *restorative justice* anche per i delitti di criminalità organizzata; secondo tale dottrina l'Amministrazione penitenziaria dovrebbe attivare un percorso responsabilizzante che abbia come punto di partenza l'instaurazione di un dialogo tra detenuto e persone offese, e ciò indipendentemente dalla natura dell'illecito commesso. Per un approfondimento di questa moderna prospettiva si veda: SCARDACCIONE G., *Il modello riparativo di giustizia: la sfida «impossibile» dell'applicazione ai reati di mafia*, in 'Mediases', 2007, f. 9, p. 46.

155L'artore di questa prospettiva general-preventiva era Antonio Pagliaro, che in più occasioni espresse la necessità di riconoscere l'ontologica differenza tra criminalità comune e criminalità organizzata quale punto di partenza per approntare efficaci strategie di contrasto. Affermava l'autore che il fenomeno mafioso "diventa incoerente oggettivamente con la cultura giuridica classica, perché questa pensava il diritto e il processo penale in rapporto a un solo fatto delittuoso commesso da un solo delinquente per una volta sola, in un momento, e quindi predisponeva degli strumenti di lotta contro il delitto che erano proporzionati al fatto singolo". Sosteneva ancora Pagliaro: "non si può pretendere di lottare contro la mafia e mantenere totalmente in piedi un edificio processuale pienamente garantista, qualcosa si deve pur sacrificare". Così nel corso di una giornata di studi dedicata alle strategie di contrasto alla criminalità organizzata, i cui interventi sono stati raccolti in: PAGLIARO A., *Aspetti di politica criminale nella lotta contro la mafia*, in AA. VV., *Criminalità organizzata tra repressione e prevenzione - Convegno di Studio - Taormina, Messina, 13-14-15 novembre 1992*, Messina, 1994, pp. 80-82.

156IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 439.

intese per questa via riequilibrare il sistema penitenziario, apparentemente troppo sbilanciato a favore delle istanze special-preventive¹⁵⁷.

Tradizionalmente le disposizioni comprese tra l'art. 1 e l'art. 4 della l. 354/75 costituiscono infatti le norme poste a garanzia dei diritti dei detenuti; l'inserimento dell'art. 4-bis o.p. a chiusura di questo capo è significativo del contrappeso voluto dal legislatore, in quanto si riteneva che il sistema penitenziario fosse orientato in maniera squilibrata verso il principio del *favor rei*¹⁵⁸.

3.2. La 'struttura a fasce'

Introdotta dall'art. 1 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, l'articolo era rubricato "Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti".

Le parole in grassetto sono particolarmente rilevanti e sono state, quindi, poste in evidenza.

Ecco, dunque, la disposizione originaria: "1. L'assegnazione al **lavoro all'esterno**, i **permessi premio** e le **misure alternative** alla detenzione previste dal capo VI¹⁵⁹ possono essere concessi ai condannati¹⁶⁰ per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416-bis e 630 del codice penale e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, **solo se sono stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva**. Quando si tratta di condannati per i delitti di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, del codice penale e all'articolo 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo

157DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 91.

158Argomenta in tal senso, oltre a Franco Della Casa: IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 439, secondo cui: "L'introduzione nel capo I del titolo I, tra i principi, è indicativa della volontà del legislatore di modificare non già i parametri trattamentali in sede di esecuzione, bensì le stesse direttive che presiedono al governo penitenziario". Allo stesso modo: CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 52; secondo i due autori conferisce centralità al dettato normativo sulle preclusioni penitenziarie il suo inserimento nel capo dedicato ai "Principi direttivi", fino a quel momento incentrato su "garanzie, diritti ed interventi promozionali riferibili al condannato".

159Si tratta, ovviamente, del Capo VI della l. 26 luglio 1975, n. 354, nota come legge sull'ordinamento penitenziario.

160Si ritiene che la dizione "condannati" debba essere interpretata alla lettera, per cui "per questi reati il vincolo associativo deve risultare accertato in sentenza senza nessuna possibile valutazione di merito da parte del giudice di sorveglianza". Così in: COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 39.

80, comma 2, del predetto testo unico, approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, i benefici suddetti possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

2. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto.

3. Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali.”

Come si evince a una prima lettura dell'articolo, la comprensione delle disposizioni in esso contenute non è affatto agevole.

La norma deve essere necessariamente scomposta nei tre commi originari per essere analizzata; il comma 1 è oggetto dei prossimi due paragrafi, mentre ai commi 2 e 3 saranno dedicate le pagine immediatamente successive.

Il comma 1, il più discusso, racchiudeva in sé disposizioni di diversa portata e si articolava, a sua volta, in due parti; ciascuna di esse stabiliva le modalità attraverso cui si sarebbero potuti concedere i benefici penitenziari e le misure alternative, modalità che erano diverse in base alla tipologia di reato.

É questa la c.d. 'struttura a fasce'¹⁶¹, propria dell'articolo 4-bis o.p. e sua cifra caratteristica anche nelle successive formulazioni:

- la 'prima fascia' comprendeva delitti di sicura riferibilità alla criminalità organizzata o eversiva e in relazione a tali tipologie delittuose la concessione veniva subordinata all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti; rientravano in questo elenco: le condotte commesse alle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., il reato di associazione a delinquere di

¹⁶¹La dizione 'struttura a fasce' è stata coniata dalla dottrina subito dopo l'emanazione della norma ed è stata unanimemente adottata anche dal mondo giurisprudenziale. L'idea di graduare i reati in 'fasce' nasce dall'idea di approcciarsi in maniera diversa in base alla gravità del fatto commesso; da tale elemento viene infatti dedotta la presunta pericolosità sociale del soggetto, che, secondo quanto stabilito dal codice penale all'art. 203, si sostanzia concretamente nella "probabilità di recidiva in qualsiasi forma di delitto". Tale definizione è tratta da: IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 438.

stampo mafioso (art. 416-bis c.p.), il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) nonché quello di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 TU stupefacenti)¹⁶²;

- la 'seconda fascia' comprendeva, invece, quei delitti non direttamente riferibili alla criminalità organizzata, in relazione ai quali la regola probatoria funzionava al contrario; per queste fattispecie di reato la concessione era ammessa, salvo che fossero accertati elementi tali da far ritenere sussistenti i collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. In questa ulteriore categoria erano, dunque, ricompresi: il reato di omicidio (art. 575 c.p.), il reato di rapina aggravata (art. 628, comma 3, c.p.), il delitto di estorsione aggravata (art. 629, comma 2, c.p.) e, infine, la fattispecie di produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope (art. 73 TU, limitatamente all'ipotesi aggravata dell'art. 80 del medesimo TU)¹⁶³.

Come è facilmente evincibile, l'interesse suscitato dall'art. 4-bis o.p. riguardava soprattutto la parte iniziale del comma 1, ovvero la disciplina dell'onere della prova per i reati della 'prima fascia'.

L'analisi del paragrafo successivo si focalizzerà, dunque, su tale profilo, in quanto strettamente attinente al tema delle strategie di contrasto al crimine mafioso.

3.2.1. Il regime probatorio per i reati di 'prima fascia'

In maniera inflessibile, il legislatore prevede per la 'prima fascia' di reati elencati dall'art. 4-bis o.p. una regola probatoria particolarmente severa: la necessità di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva, che si concretizzava anche in un giudizio prognostico di comportamento basato sugli elementi di cui disponevano le autorità competenti.

La mancanza di elementi tali da far presumere la contingenza di relazioni con l'associazione criminale di riferimento rappresentava l'unica via attraverso cui la magistratura di sorveglianza avrebbe potuto concludere positivamente per la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione: era richiesta, dunque, una prova negativa, che si concretizzava nei fatti in un'inversione dell'onere probatorio in capo alla difesa¹⁶⁴, e perciò poco coerente con i principi del rito accusatorio di recente introduzione.

162IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 440.

163IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 440.

164CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 470.

Si trattava nei fatti di una vera e propria *probatio diabolica*¹⁶⁵, che lasciava ai soggetti interessati spazi difensivi piuttosto marginali e annullava la discrezionalità del giudice dell'esecuzione.

Come evidenziato da autorevole dottrina, se un siffatto regime probatorio pone notevoli difficoltà in termini generali, ciò era ancor più vero con riferimento a tale contesto; esemplificando, "l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata non è un qualcosa di ben definito e circoscritto (come potrebbe essere, ad esempio, l'assenza dal luogo del delitto), a cui si possa arrivare, fornendo la prova positiva di uno o più fatti risolutivamente incompatibili con ciò che deve essere dimostrato"¹⁶⁶.

Con ciò si vuole affermare che un ulteriore elemento di ostacolo a sfavore del detenuto o internato era costituito dal fatto di dover fornire la prova non tanto di un singolo elemento, ma di una molteplicità di elementi, che nel loro convergere rendessero tangibile la mancanza di collegamenti con l'associazione di provenienza e una radicale soluzione di continuità rispetto al mondo di provenienza.

Introducendo il summenzionato regime probatorio il legislatore stabiliva, dunque, un trattamento penitenziario deteriore per talune tipologie di condannati, etichettati *sine die* come soggetti pericolosi e in relazione ai quali lo Stato decideva di abbandonare qualunque proposito rieducativo.

3.2.2. Il regime probatorio per i reati di 'seconda fascia'. Considerazioni

La 'seconda fascia' di reati, pur essendo anch'essa caratterizzata da una previsione rigorosa, comportava, però, meno problemi, dal momento che per essi il legislatore aveva introdotto un onere della prova classico, che non sfavoriva la posizione del soggetto interessato e che sembrava coerente con l'assetto di valori imposto dalla Costituzione¹⁶⁷.

165IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 440; si riporta qui un breve passaggio del contributo: "Si richiede di dimostrare non se una persona ha collegamenti attuali con la criminalità organizzata, ma se ciò possa essere escluso; non se una circostanza esiste, ma se possa essere esclusa. In concreto, risulterà praticamente impossibile per i condannati per uno dei delitti indicati fornire la prova della cessazione di rapporti risalenti ad anni prima o di rapporti addirittura mai provati". Dello stesso avviso: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 102; l'autore argomenta infatti: "Che la prova di un fatto storico negativo sia un'operazione gnoseologica estremamente problematica, ai limiti, per l'appunto dell'impossibilità, è un dato pacifico". Ricorda Della Casa nel medesimo passaggio il brocardo latino *negativa non sunt probanda*, attraverso cui in tempi passati si dirimeva la diatriba in merito alla configurabilità o meno di una prova negativa. Nello stesso senso anche: GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva*, cit. p. 133; ESPOSITO G., *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in 'Archivio penale', 1992, p. 133; COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 40.

166DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 103.

167Si trattava della c.d. prova positiva in opposizione alla prova negativa richiesta per i reati di 'prima fascia'; IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 440.

Per tali fattispecie delittuose, valutate come meno rilevanti dal punto di vista del procurato allarme sociale, erano le autorità competenti a dover eventualmente dimostrare la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva¹⁶⁸.

Tale prova sarebbe stata ostativa rispetto alla possibilità di concedere i benefici penitenziari e le misure alternative, altrimenti generalmente ammissibili.

Il criterio seguito dal legislatore nell'articolare diversamente le due 'fasce', per quanto discutibile dal punto di vista concettuale, appariva allora chiaro.

Argomentava molto bene ciò Paola Comucci, che, nell'illustrare il ragionamento seguito nel differenziare il regime probatorio in base al titolo di reato, affermava: "Mentre in quest'ultimo caso (*i.e.* per i reati di 'seconda fascia') i collegamenti, non potendo che essere presunti, costituiscono delle preclusioni solo in quanto siano provati effettivamente, nel primo caso (*i.e.* per i reati di 'prima fascia'), risultando provata la loro esistenza, per quanto riguarda il passato, dal titolo stesso del reato, quei collegamenti operano ostativamente, a meno che non venga provato il loro attuale superamento"¹⁶⁹.

Con ciò l'autrice intendeva chiarire che, mentre per i reati ostativi elencati nel primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p. i collegamenti con la criminalità organizzata erano stati accertati con sentenza definitiva di condanna (di qui la necessità di assicurarsi la rottura dei vincoli omertosi), non altrettanto si poteva affermare con riferimento alle condotte elencate nella seconda parte del comma 1, spesso configurabili come episodi slegati ed autonomi e solo più raramente inquadrabili all'interno di un disegno della malavita organizzata.

3.3. Il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica. La magistratura di sorveglianza

Di altro tenore le disposizioni stabilite dal comma 2, a norma del quale è (tuttora) statuita l'autorità competente a fornire le "dettagliate informazioni" necessarie a escludere o, a seconda dei casi, accertare, l'attualità dei collegamenti ai fini dei provvedimenti di cui al comma 1.

Particolare importanza veniva data al comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica (c.p.o.s.), organo collegiale prefettizio¹⁷⁰, di natura prettamente amministrativa, avente funzioni consultive.

168Dubbi sono stati semmai sollevati rispetto alla reale necessità di prevedere siffatto regime probatorio per i reati di 'seconda fascia'. In effetti, come è stato evidenziato da numerosi autori, tali condotte delittuose sono normalmente svincolate dall'appartenenza a un consolidato sodalizio criminale; così in: PRESUTTI A., *'Alternative' al carcere e regime delle preclusioni*, cit., p. 80.

169COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 40.

170Con riferimento alla composizione del comitato, questi è presieduto dal prefetto e ne fanno parte il questore, il sindaco del capoluogo interessato, il relativo presidente di provincia, i comandanti provinciali della Guardia di finanza e dell'Arma dei carabinieri e, in presenza di

Ancor prima di svolgere una disamina approfondita del ruolo svolto da tale comitato è possibile compiere una constatazione: conferire a un organo amministrativo funzioni con delicate ricadute giurisdizionali è cosa già di per sé censurabile, in quanto "la preposizione funzionale del c.p.o.s. alla tutela della sicurezza pubblica, non potrà non determinare parzialità di valutazione"¹⁷¹.

La preoccupazione, lungi dall'aver mero carattere dogmatico, è stata peraltro messa a fuoco da diverse voci autorevoli, le quali hanno unanimemente argomentato per l'inopportunità di tale previsione legislativa¹⁷².

Piuttosto intuitivamente, il comitato in oggetto sarà per sua natura propenso a ravvisare ragioni ostative alla concessione dei benefici penitenziari piuttosto che elementi a favore del condannato¹⁷³.

Evidenziate queste perplessità, pare comunque opportuno precisare che la centralità del parere fornito dal c.p.o.s. è stata nel tempo ridimensionata dalla giurisprudenza di legittimità, che ha giustamente sottolineato come, trattandosi di procedimento giurisdizionale e non amministrativo, sia compito del giudice dell'esecuzione valutare l'eventuale sussistenza di altri elementi non presi in considerazione dalla suddetta informativa¹⁷⁴.

Per questa via, la magistratura di sorveglianza si è riappropriata, almeno parzialmente, della discrezionalità giurisdizionale che tradizionalmente ne qualificava l'operato, e dalla quale sembrava essere stata esautorata dal tenore letterale del comma 2 dell'art. 4-bis o.p.¹⁷⁵.

un apposito invito del prefetto, esponenti delle pubbliche amministrazioni, della magistratura e delle strutture di pubblica sicurezza; CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 76.

171 GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 138 In altra sede lo stesso autore argomenta a proposito dell'ingerenza del potere esecutivo in un procedimento di natura giurisdizionale; così in: GUAZZALOCA B., *Criterio del «doppio binario», utilizzo della «premiabilità» e «degiurisdizionalizzazione» della legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in GIOSTRA G., INSOLERA G. (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: Gli strumenti normativi*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 141 ss.

172 Oltre a Bruno Guazzaloca si possono ricordare: IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 440, FIORIO C., *In tema di verifica sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in 'Giur. it.', 1993, f. 4, pp. 313-318.

173 FIORIO C., *In tema di verifica sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, cit., pp. 315-316.

174 Cass. Pen., Sez. I, sent. 20 gennaio 1992: "Deve, quindi, pervenirsi alla conclusione che le informazioni in esame sono obbligatorie ma non vincolanti e che il tribunale di sorveglianza può attingere *aliunde* elementi utili ai fini del giudizio che deve formulare, con il solo obbligo, qualora dissenta dalle conclusioni del comitato, di fornire al riguardo un'idonea, rigorosa e dettagliata spiegazione." Prosegue la Suprema Corte: "Seguendo una diversa tesi interpretativa ne deriverebbe che il giudice sarebbe condizionato, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, da una valutazione espressa da organi appartenenti al potere esecutivo, il che sarebbe in palese contrasto con quanto dispone l'art. 111 comma 2 Cost." Per un approfondimento si rimanda alla nota a sentenza di Mariangela Montagna: MONTAGNA M., *In tema di accertamento della pericolosità del condannato ed informazioni del c.p.o.s.*, in 'Cass. pen.', 1993, f. 6, p. 934 ss.

175 COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 41; l'autrice arriva ad affermare che, contrariamente al principio del libero convincimento del giudice, si riteneva che "l'informativa di quest'organo assumesse forza di prova legale". Sulla stessa scia si

In realtà il dato normativo che ha poi fatto propendere per questa seconda e più coerente interpretazione è costituito dalla disposizione immediatamente successiva: il giudice di sorveglianza, in composizione monocratica o collegiale, decide "in ogni caso" trascorsi trenta giorni dalla richiesta di informazioni, ovvero anche indipendentemente dal ritardo nella presentazione del fascicolo informativo.

Tale previsione avvalorava l'ipotesi che fosse più opportuno propendere per la natura obbligatoria, ma non vincolante dell'atto stesso¹⁷⁶; con ciò si vuole affermare che, decorso inutilmente il termine suindicato¹⁷⁷, il giudice di sorveglianza è libero, e, anzi, ha il dovere, di decidere sulla base degli elementi autonomamente acquisiti.

Dato l'obbligo in capo al giudice di sorveglianza di richiedere il parere, la mancata acquisizione dello stesso comporta che il provvedimento emesso successivamente dall'autorità giurisdizionale sia nullo per difetto di motivazione o ricorribile per inosservanza di una disposizione processuale¹⁷⁸.

Altro profilo meritevole di considerazione riguarda i contenuti dell'informativa, che devono attenersi a fatti specifici e concreti, al fine di permettere un effettivo esercizio del diritto di difesa, altrimenti impossibile nel caso di enunciazione di circostanze generiche.

Nel caso in cui il c.p.o.s. dovesse propendere per la negazione della concedibilità dei benefici penitenziari, una tale asserzione dovrà essere fondata sulla dettagliata esposizione di elementi che facciano ragionevolmente ipotizzare l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata; con ciò si sottintende che il comitato non può banalmente fondare il proprio parere sulla base di presunzioni o congetture prive di qualsivoglia riscontro oggettivo.

A questo fine si ritiene infatti che l'informativa del c.p.o.s. debba indicare le fonti da cui trae le proprie conclusioni.

poneva Bruno Guazzaloca, che parlava emblematicamente di "ruolo notarile" del giudice di sorveglianza, la cui funzione per volere del legislatore era divenuta quella di ratificare quanto già argomentato dal c.p.o.s.; così in: GUAZZALOCA B., *Criterio del «doppio binario»*, cit., p. 150.

176DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 76; GAITO A., *Il controllo sulle informazioni del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Giur. it.*, 1992, f. 12, p. 700. A onore del vero, c'è anche chi sottolinea che il parere non sarebbe in realtà neppure obbligatorio, in quanto obbligatoria è semmai la sua richiesta al c.p.o.s. da parte del giudice di sorveglianza; così in: IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 440.

177Il termine di trenta giorni ha natura dilatoria, il che comporta per il giudice il dovere di astenersi dal decidere e la sola possibilità di raccogliere nel frattempo elementi che potranno rivelarsi utili per svolgere la propria valutazione; CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 77.

178CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 81.

Degno di nota è, poi, il ruolo svolto dalla magistratura di sorveglianza, apparentemente oscurato dalla valorizzazione di cui ha goduto per molto tempo il *dossier* informativo del comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Il giudice, oltre a prendere in considerazione tale parere, può di fatto svolgere un'autonoma attività investigativa e ha l'obbligo di vagliare attentamente le argomentazioni eventualmente addotte dalla difesa.

Nel caso in cui la decisione finale si discosti dalle indicazioni fornite dal c.p.o.s. il giudice sarà gravato di un maggiore onere di motivazione, dovendo allegare le ragioni che conducono a provvedere in maniera diversa.

In questo modo la magistratura di sorveglianza riacquista parzialmente la prerogativa di valutare liberamente la prova, principio cardine del rito accusatorio.

Con l'introduzione delle modifiche operate dalla successiva formulazione dell'art. 4-bis o.p. anche tale profilo è però mutato, dal momento che, indipendentemente dal parere fornito dal c.p.o.s. e dalle valutazioni del magistrato di sorveglianza, per i condannati di 'prima' e 'seconda fascia' (completamente rivisitate dal legislatore) l'unica possibilità di dimostrare l'insussistenza di elementi tali da far ritenere attuali i collegamenti con la malavita organizzata sarà costituita dalla volontà (*rectius* possibilità) di collaborare con la giustizia a norma del nuovo art. 58-ter o.p.

Questa e altre novità saranno oggetto di apposito approfondimento (cfr. *infra* Sez. II, § 3.1.1.).

Infine, il comma 3 dell'articolo 4-bis o.p. sancisce la possibilità di prorogare il termine di cui al comma 2 per ulteriori trenta giorni, qualora il succitato comitato ne ravvisi la necessità al fine di rendere possibile una più accurata raccolta di informazioni.

Secondo quanto stabilito dalla norma, ciò si rende concretamente possibile nel caso in cui "il comitato sostiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza" ovvero "i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali".

Come si sarà notato, si tratta di ipotesi particolarmente rilevanti, legittimanti un lavoro accurato da parte del c.p.o.s. e degli altri organi eventualmente coinvolti.

4. Le reazioni successive all'introduzione dell'art. 4-bis o.p.

Come si sarà evinto dalle pagine precedenti, subito dopo la sua emanazione l'art. 4-bis o.p. fu bersaglio di numerose critiche negative.

Vale qui la pena riproporre talune delle riflessioni più rilevanti, alcune delle quali sono già state messe in luce più sopra.

Innanzitutto, l'introduzione dell'art. 4-bis o.p. scaturì accese polemiche nel mondo accademico, sempre attento nel promuovere un trattamento penitenziario fortemente orientato alle esigenze di prevenzione speciale, cristallizzate all'art. 27, comma 3, Cost.

La norma in esame rappresentò il primo tassello di un complesso disegno volto a creare un trattamento penitenziario multilivello¹⁷⁹, ovvero non un un sistema di esecuzione penale egualitario e nel contempo individualizzante, bensì un sistema articolato su più livelli trattamentali, discriminante perché non fondato sull'individualizzazione del percorso rieducativo¹⁸⁰ e profondamente ingiusto perché basato su valutazioni di pericolosità sociale aprioristiche e non formulate in considerazione del caso concreto.

Il funzionamento dell'art. 4-bis o.p. si incardinava su una presunzione che si qualificava, seppur non formalmente, di fatto *iuris et de iure* di pericolosità sociale del soggetto detenuto o internato, pericolosità che sarebbe derivata, per scelta del legislatore, dalla condotta per cui era stata inflitta la condanna¹⁸¹.

L'art. 4-bis o.p. introduceva infatti un rigido automatismo, in base al quale l'autore di un reato doveva considerarsi in generale più pericoloso rispetto a un altro non in base alle circostanze concrete in cui si era consumata la condotta criminale, tenuto conto della personalità del reo e degli altri elementi eventualmente rilevanti, ma in base alla mera riconduzione della fattispecie penale a taluna delle categorie (*rectius* delle 'fasce') legislativamente previste.

Siffatta formulazione dell'art. 4-bis o.p. era fortemente lesiva delle prerogative della magistratura di sorveglianza, "giudice della risocializzazione"¹⁸², le cui possibilità di valutazione in relazione al caso concreto, coerenti con il principio di individualizzazione della pena, erano del tutto depauperate.

I giudici dell'esecuzione si dovevano limitare a concedere o meno l'accesso ai benefici penitenziari sulla base delle informazioni fornite da un soggetto amministrativo, il già citato comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, per sua natura estraneo alle logiche di un procedimento giurisdizionale.

179La dizione è tratta da: FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 185. Nello stesso passaggio l'autore parla anche di 'discriminazione qualitativa', con riferimento a un regime penitenziario fondato sulla tipologia del reato commesso.

180Il principio di individualizzazione del trattamento è enunciato all'art. 13 o.p.; stabilisce il comma 1 del relativo articolo: "Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto". Di qui il corollario in base al quale la sanzione deve essere flessibile e deve essere data la possibilità di rimodulare e integrare il programma trattamentale "secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione" (comma 3).

181Così in: GUZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 130.

182La dizione è ricavata da: MARGARA S., *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975. La magistratura di sorveglianza*, in 'Dir. pen. proc.', 1995, f. 2, p. 884.

Si faceva peraltro notare che sottrarre il sindacato di pericolosità sociale alla magistratura di sorveglianza era, non solo concettualmente sbagliato, ma anche del tutto inutile.

Questa considerazione partiva dal fatto che, per ciascuno dei benefici penitenziari e delle misure alternative in oggetto, la legge già prevedeva i requisiti di ammissibilità volti a garantire l'applicazione di siffatti istituti solo in caso di verificata cessazione della pericolosità sociale¹⁸³.

Il giudice, sulla base del proprio potere discrezionale, valutato con sospetto dal legislatore dei primi anni '90, aveva già la possibilità di limitare l'accesso ai soggetti ritenuti pericolosi e non in grado di usufruire di determinati strumenti con esito presumibilmente positivo.

Per tutte queste ragioni l'introduzione dell'art. 4-bis o.p. fu fortemente avversata e si arrivò persino ad affermare che tale regime restrittivo assumeva i tratti di una "controriforma carceraria"¹⁸⁴, ovvero di un'inversione di tendenza rispetto all'abbandono di ogni forma di presunzione di pericolosità sociale; altri vi intravidero addirittura un elemento di "restaurazione normativa"¹⁸⁵, dal momento che veniva rievocata l'esistenza di reati ostativi, già espunti dall'ordinamento.

Sezione II

La riformulazione della norma e il raccordo con gli altri istituti

SOMMARIO: 1. Inquadramento - 2. La *ratio* della seconda formulazione dell'art. 4-bis o.p. - 3. La seconda formulazione dell'art. 4-bis o.p. - 3.1. Nuova articolazione in 'fasce' e mutamento delle modalità di acquisizione della prova - 3.1.1. Ancora sul regime probatorio per i reati di 'prima fascia'. La collaborazione fruttuosa - 3.1.2. Il regime probatorio per i reati di 'seconda fascia'. La collaborazione "oggettivamente irrilevante" - 3.1.2. (segue) La collaborazione inesigibile. Il regime probatorio risultante dalle

183A questo proposito si veda il dettato normativo stabilito dagli artt. 21 (lavoro all'esterno), 30-ter (permessi premio), 47, comma 2 (affidamento in prova al servizio sociale), 50, comma 4 (semilibertà) dell'ordinamento penitenziario.

184MOSCONI G., *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, f. 2, p. 148.

185GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 125. L'autore parla a questo proposito di "naturale per quanto biasimevole reazione, (...) certamente in massima parte immotivata, ma in definitiva giustificabile da parte di quanti hanno individuato, proprio nel supposto «iperparantismo» della legge n. 663 del 1986 (...) uno dei segnali più evidenti della mancanza di volontà, da parte dello Stato, di fronteggiare adeguatamente la sfida ad esso portata dalla dilagante criminalità organizzata ed essenzialmente da quella di natura mafiosa". A parere di Bruno Guazzaloca si dovrebbe quindi leggere l'introduzione dell'art. 4-bis o.p. come conseguenza di un'interpretazione esasperata dell'ideale special-preventivo, che avrebbe in taluni ingenerato l'idea di un apparato statale debole e incapace di combattere il fenomeno mafioso con adeguati strumenti repressivi.

pronunce della Corte Costituzionale 4. Il ruolo delle procure antimafia - 5. Revoca dei benefici in mancanza di collaborazione fruttuosa - 6. I benefici oggetto di esclusione o restrizione - 6.1. L'ammissione al lavoro all'esterno - 6.2. I permessi premio - 6.3. Le misure alternative - 6.3.1. Note sulla liberazione anticipata - 6.4. La liberazione condizionale - 7. La non prefigurabilità del tentativo come reato ostativo - 8. Il cumulo delle pene in ragione della continuazione di reati - 9. In chiusura di sezione: la sent. 8 luglio 1993, n. 306

1. Inquadramento

Preso atto delle critiche mosse nei confronti dell'art. 4-bis o.p., il legislatore decise di intervenire con una modifica del testo normativo in ottica maggiormente special-preventiva¹⁸⁶.

In realtà, ancora una volta fu il contesto storico a condurre la classe politica a intervenire nuovamente in materia penale e, per quel che qui interessa, penitenziaria.

Gli omicidi del giudice Giovanni Falcone e della moglie Francesca Morvillo nonché degli agenti della scorta il 23 maggio 1992 scossero profondamente l'opinione pubblica e richiamarono l'attenzione di Governo e Parlamento; ne risultò il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, con cui fu modificata la formulazione dell'art. 4-bis o.p. e fu introdotto il regime di detenzione speciale ex art. 41-bis o.p. (oggetto del prossimo capitolo).

La violenza intimidatoria di matrice mafiosa non si fermò e nel vigore del succitato decreto legge il 19 luglio seguente furono assassinati il giudice Paolo Borsellino e gli agenti che lo proteggevano.

Il dibattito parlamentare, sempre più acceso e fomentato dai fatti di cronaca, continuò e portò all'emanazione della legge di conversione, precisamente la l. 7 agosto 1992, n. 356, intitolata "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa".

Come sarà possibile analizzare successivamente, anche la seconda formulazione dell'art. 4-bis o.p. non fu esente da un giudizio complessivamente negativo; la norma fu oggetto di numerose censure della Corte Costituzionale, che negli anni ne ha dichiarato la parziale incostituzionalità, pur non avendo mai il coraggio di riconoscere pienamente l'opportunità di una sua totale

¹⁸⁶MARTINI A., *D.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modificazioni nella l. 7 agosto 1992, n. 356 - Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. Commento all'art. 15 - Divieto di concessione di benefici per gli appartenenti alla criminalità organizzata*, in *'Leg. pen.'*, 1993, f. 1, p. 187. Nell'introdurre il commento alla novellata disciplina ricorda l'autore: "Il legislatore è tornato sul disposto dell'art. 4-bis o.p., modificandone il contenuto nello sforzo di ricercare un'accettabile formula di compromesso tra carcere come difesa sociale e carcere come rieducazione".

abrogazione, e ciò in ragione del contesto storico che aveva portato alla sua introduzione nel sistema penitenziario.

Vale qui la pena una precisazione: nessuno ha mai messo in discussione che la situazione creatasi tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 fosse di notevole gravità; opinione pubblica e classe politica erano naturalmente sgomenti di fronte all'azione apparentemente incontrollabile di Cosa Nostra.

Le critiche mosse alla modifica dell'art. 4-bis o.p. partivano proprio da ciò: lo Stato doveva sì manifestare la propria superiorità e non sarebbe stato in generale inopportuno un intervento volto ad inasprire la repressione sul piano penale, ma avrebbe dovuto ponderare meglio le proprie scelte¹⁸⁷, senza dimostrare ancora una volta di aver agito sulla scorta della mera emotività¹⁸⁸.

2. La *ratio* della seconda formulazione dell'art. 4-bis o.p.

Le modifiche apportate al testo dell'art. 4-bis o.p. con il d.l. 306/92 partivano dalla nuova impostazione con cui si ci rapportava alla criminalità mafiosa.

Il legislatore, sconvolto dalle stragi estive del 1992, cominciò a riflettere sul fatto che l'unico strumento dimostratosi in grado di incidere concretamente nella lotta alla malavita organizzata fosse quello della collaborazione di giustizia.

Partendo da tale constatazione decise allora di estenderne la portata in fase esecutiva, introducendola quale fonte probatoria per il superamento dei limiti già previsti nella prima formulazione dell'art. 4-bis o.p.

La *ratio* sottesa era la seguente: venendo fortemente incentivata la condotta collaborativa, i soggetti interessati sarebbero stati portati a compiere dichiarazioni delatorie, dimostrando per questa via un' inequivocabile volontà rescissoria¹⁸⁹.

In questo modo si sarebbe esteso il numero dei collaboratori e, dunque, si sarebbe ampliata la possibilità di disarticolare dall'interno tali associazioni a delinquere, caratterizzate tradizionalmente da vincoli omertosi.

187 GREVI V., *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 15; COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 36.

188 Interessante a questo proposito è confrontare la difesa dell'operato legislativo, compiuta dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia Claudio Martelli, con i tempi del dibattito parlamentare: se il Ministro si spendeva nel ribadire che la normativa emanata "non è il frutto di scelte emozionali ed emergenziali quanto piuttosto il risultato di valutazioni attente", non è difficile notare che la discussione fu molto breve, venne imposto voto di fiducia, al Senato la relazione fu solo orale e in assenza del Ministro competente. É insomma questo il tema dell'inadeguatezza della meditazione, posto pure all'attenzione della Corte Costituzionale con la sent. n. 306/93. Il sopraccitato intervento è, invece, tratto da: MARTELLI C., *Brevi osservazioni sul decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, contenente misure di contrasto alla criminalità mafiosa*, in *'Documenti Giustizia'*, 1992, f. 6, p. 614.

189 IOVINO F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 1257.

Questo retroterra concettuale veniva corroborato dalle affermazioni di Claudio Martelli, allora Guardasigilli, che affermava: “Di queste esigenze si è fatto prioritario carico il decreto legge di ieri. Creando un sistema, volto, per un verso, a sollecitare «il pentimento» e, per l'altro, ad assicurare a chi si «pente» un trattamento penitenziario differenziato e particolarmente favorevole (...). Si tratta, nella sostanza, di un doppio regime praticamente «speculare» e che, ove applicato con professionalità, si è certi potrà consentire la rottura di quel muro di omertà che da sempre ha caratterizzato le organizzazioni criminali più agguerrite”.¹⁹⁰

Una considerazione: probabilmente in maniera inconsapevole, era lo stesso Ministro della Giustizia ad affermare di aver utilizzato l'istituto della collaborazione giudiziale a fini estranei rispetto a quelli per cui si era scelto di regolamentare tale strumento.

Appariva, dunque, fin da subito evidente la distonia nel prevedere la mancata collaborazione di giustizia, nata con funzioni prettamente investigative, quale elemento preclusivo alla concessione di benefici penitenziari e misure alternative, ontologicamente orientate a una logica risocializzativa.

3. La seconda formulazione dell'art. 4-bis o.p.

La modifica dell'art. 4-bis o.p. introdusse rilevanti elementi di novità: venne ampliato l'elenco dei reati ostativi, e, soprattutto, mutarono i requisiti di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative; si incise profondamente sul regime probatorio, in quanto venne valorizzato l'istituto della collaborazione di giustizia, che divenne l'unico strumento giuridicamente rilevante per superare i divieti di concessione imposti col trattamento penitenziario differenziato.

Non si è scelto, dunque, casualmente di dare ampio spazio alla trattazione della collaborazione di giustizia nel capitolo precedente.

L'importanza assurda da tale istituto vale tutt'oggi, in quanto dall'emanazione del d.l. 306/92 non si è più inciso sul regime probatorio in esame.

Prima di addentrarsi in considerazioni più approfondite appare allora indispensabile riproporre il testo del novellato art. 4-bis o.p., la cui rubrica fu cambiata dall'art. 15 del relativo decreto legge in “Divieto di concessione di benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti”.

Il testo qui riproposto è quello risultante dalle modificazioni stabilite dalla legge di conversione, ovvero la l. 356/92.

Come nel caso precedente, sono poste in rilievo le espressioni dirimenti.

¹⁹⁰MARTELLI C., *Brevi osservazioni sul decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306*, cit., pp. 616-617.

Stabiliva il rinnovato testo al comma 1: “Fermo quanto stabilito dall’art. 13-ter del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8¹⁹¹, convertito, con modificazioni, nella l. 15 marzo 1991, n. 82, l’assegnazione al **lavoro all’esterno**, i **permessi premio**, e le **misure alternative** alla detenzione previste dal capo VI della l. 26 luglio 1975, n. 354, fatta eccezione per la liberazione anticipata¹⁹², **possono essere concessi** ai detenuti e internati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo nonché per i delitti di cui agli articoli 416-bis e 630 del codice penale e all’articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, **solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborano con la giustizia a norma dell’art. 58-ter**. Quando si tratta di **detenuti o internati per uno dei predetti delitti**, ai quali sia stata applicata una delle **circostanze attenuanti** previste dagli articoli 62, numero 6, anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, o 114 del codice penale, ovvero la disposizione dell’articolo 116, secondo comma, dello stesso codice, **i benefici suddetti possono essere concessi anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata**. Quando si tratta di detenuti o internati per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale ovvero di detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 628 terzo comma, 629 secondo comma del codice penale e all’articolo 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell’articolo 80 comma 2, del predetto testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, i benefici suddetti possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.”

La norma proseguiva, poi, con le disposizioni originarie, già richiamate testualmente in precedenza.

Il d.l. 306/92 inseriva anche un nuovo comma 3-bis, che recitava: “L’assegnazione al **lavoro all’esterno**, i **permessi premio** e le **misure alternative** alla detenzione previste dal capo VI, **non possono essere concessi** ai detenuti ed internati per delitti dolosi **quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica**, d’iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, **l’attualità di**

191 Si ricorderà che l’art. 13-ter del d.l. 8/91 è stato abrogato, infine, dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45. Per un approfondimento a riguardo si rimanda al capitolo 1.

192 Correttamente, il legislatore precisa che la liberazione anticipata non rientra nel catalogo delle misure alternative disciplinate dall’art. 4-bis o.p.; l’esclusione, seppur opportuna, era comunque già stata ipotizzata da dottrina e giurisprudenza anche nel silenzio della norma. Argomenta in tal senso: MARTINI A., *Commento all’art. 15 - Divieto di concessione di benefici*, cit., p. 189.

collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3. Nei confronti delle persone detenute o internate per taluno dei delitti indicati nel primo periodo del comma 1 che fruiscano, alla data di entrata in vigore del presente decreto, delle misure alternative alla detenzione o di permessi premio, o siano assegnate al lavoro all'esterno, l'autorità di polizia comunica al giudice di sorveglianza competente che le persone medesime non si trovano nella condizione per l'applicazione dell'articolo 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354. In tal caso, accertata l'insussistenza della suddetta condizione, il tribunale di sorveglianza dispone la revoca della misura alternativa alla detenzione o del permesso premio. Analogo provvedimento è adottato dalla competente autorità in riferimento all'assegnazione al lavoro all'esterno."

Questo, dunque, il testo dell'art. 4-bis o.p., seconda formulazione.

Anche in questo caso è necessario, ai fini di una compiuta analisi, suddividere la norma nei due commi riproposti.

Il comma 1, sul quale si concentreranno le pagine seguenti, fu oggetto di profonda modifica rispetto alla previsione introdotta dal d.l. 152/91; il comma 3-bis, oggetto dei paragrafi successivi (cfr. *infra* § 4. e § 5.), venne inserito *ex novo* con il d.l. 306/92 e la prima parte va letta unitamente alle disposizioni previste dal d.l. 20 novembre 1991, n. 367, conv. in l. 20 gennaio 1992, che istituì la Procura Nazionale Antimafia¹⁹³.

3.1. Nuova articolazione in 'fasce' e mutamento delle modalità di acquisizione della prova

Il nuovo comma 1 riproponeva, dunque, la 'struttura a fasce' tipica dell'art. 4-bis o.p. anche nella sua prima formulazione.

Con il d.l. 306/92 il legislatore decise, però, di riorganizzare il novero delle fattispecie base cui ricondurre i limiti ai benefici penitenziari e, a questo fine, modificò l'articolazione delle 'fasce', che venivano portate da due a tre¹⁹⁴, sempre ordinate in grado di decrescente pericolosità delle condotte ricomprese.

193DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 132.

194A onor del vero tale classificazione non è pacifica in dottrina: accanto alla tradizionale indicazione di una struttura triadica, c'è chi sostiene che sarebbe più corretto individuare solo due fasce di reati, con la precisazione che nella prima di queste troverebbero spazio come autonomo sottogruppo le ipotesi attenuate del secondo periodo del comma 1, in quanto caratterizzate da un peculiare regime probatorio. Così ad esempio in: PAVARINI M., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, Utet, 2002, p. 7; CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 464-465; *contra* COMUCCI P. *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., pp. 44-45; IOVINO F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 1262. Si tratta, a ben guardare, di un problema prettamente definitorio e non incisivo in termini di interpretazione normativa. Si precisa comunque che in questa sede si è scelto di adottare l'articolazione in 'tre fasce' di reato, in quanto, a parere di chi scrive, di più facile lettura.

Non venne, invece, in alcun modo riformato l'automatismo in base al titolo di reato, che rimase il *punctum dolens* della disciplina, già fortemente oggetto di critica.

Come fatto notare da più parti, tali detenuti o internati "in ragione esclusiva della natura del reato per cui sono stati condannati o per cui giacciono in custodia, sono reputati pericolosi per tutta la durata dell'esecuzione della pena e della custodia"¹⁹⁵.

Ciò su cui si incise profondamente fu, semmai, il regime probatorio a cui si riconduceva l'ammissibilità ai benefici in senso lato.

La valorizzazione della condotta collaborativa, che era stata nel frattempo puntualmente disciplinata, fu importata anche con riferimento al profilo in esame.

Si trattò, come già fatto notare in altre pagine, di una scelta di politica criminale: lo strumento della collaborazione di giustizia veniva così impropriamente snaturato e utilizzato come *escamotage* per coartare i condannati e i detenuti in questione a compiere la scelta di emanciparsi dall'associazione criminale di riferimento¹⁹⁶.

Seppur si è manifestata in altra sede la propria condivisione rispetto all'opportunità di regolamentare la collaborazione di giustizia, appare comunque evidente la distorsione che di tale strumento è stata fatta per scelta del legislatore: la condotta dissociativa rappresenta ancora oggi l'unica modalità attraverso cui è possibile il superamento dei limiti stabiliti dall'art. 4-bis o.p.¹⁹⁷ (nonché del regime di rigore previsto dall'art. 41-bis o.p. e di cui si occuperà nel capitolo successivo).

A tali conclusioni si perviene se si considera che è del tutto mistificatorio stabilire un collegamento tra condotta collaborativa e l'aver effettivamente intrapreso un percorso risocializzante, posto che ben può darsi l'eventualità di

195MARTINI A., *Commento all'art. 15 – Divieto di concessione di benefici*, cit., p. 190. Prosegue l'autore: "Tale pericolosità giustifica la scelta di escluderli in linea di principio da misure caratterizzate sì da un forte significato rieducativo, ma anche da una parziale restituzione di libertà, da un parziale affidamento nelle capacità del soggetto di autodeterminarsi in modo da non commettere altri reati."

196A questo proposito, si è recentemente argomentato che la seconda formulazione è, se possibile, peggiorativa rispetto a quanto originariamente previsto dall'art. 4-bis o.p. La prima formulazione introduceva infatti un onere di prova negativa, in quanto tale censurata dalla dottrina, ma il novellato dettato normativo mira addirittura ad ottenere condotte attive di delazione. Così in: DE MINICIS F., *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *'Dir. pen. proc.'*, 2014, p. 1270.

197Come sostenuto da autorevole dottrina, dopo la riforma del 1992 si potrebbe addirittura parlare di 'terzo binario'; accanto al trattamento penitenziario previsto per la criminalità comune e a quello differenziato stabilito in riferimento ai reati ostativi elencati dall'art. 4-bis o.p., vale la pena rimarcare infatti l'esistenza di un'ulteriore e separata disciplina dedicata all'esecuzione della pena per coloro che collaborano con la giustizia ex art. 58-ter o.p. Così ad esempio argomentato da: GUAZZALOCA B., *Criterio del «doppio binario»*, cit., p. 148.

una collaborazione prestata per ragioni meramente utilitaristiche¹⁹⁸, e che non è compito di uno Stato laico indagare le motivazioni sottostanti a tale scelta.

Questo profilo (collaborazione come elemento rivelatore di avvenuta rieducazione) è stato, peraltro, oggetto di una lunga disamina nel capitolo precedente, al quale, dunque, si rimanda per un approfondimento dei contributi della dottrina e della giurisprudenza (cfr. Cap. 1 § 5 ss.).

Vediamo allora come si incardinava la collaborazione di giustizia rispetto alle tre 'fasce' previste dall'art. 4-bis o.p., seconda formulazione:

- per i reati della 'prima fascia' la condotta collaborativa, disciplinata dall'art. 58-ter o.p.¹⁹⁹, rappresentava l'unico espediente utile al superamento dei limiti imposti alla concessione dei benefici *lato sensu* intesi. Le condotte delittuose ivi considerate erano pressappoco le medesime²⁰⁰ racchiuse nella 'prima fascia' dell'originaria formulazione dell'art. 4-bis o.p., ovvero i reati consumati avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. e i reati stabiliti dagli artt. 416-bis c.p., 630 c.p. e 74 TU stupefacenti²⁰¹;

- per i reati della 'seconda fascia', considerati di minor allarme sociale in quanto la gravità della condotta era stata mitigata dal riconosciuto accertamento di attenuanti, i benefici suddetti potevano essere concessi anche in caso di collaborazione giudiziale "oggettivamente irrilevante", sempreché fossero stati acquisiti "elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata". In questa nuova categoria di reati erano ricomprese le medesime ipotesi delittuose della 'prima fascia', quando nel caso concreto fosse stata riconosciuta taluna delle seguenti circostanze attenuanti: riparazione per intero del danno (art. 62, n. 6, c.p. e anche nel caso di risarcimento successivo), apporto concorsuale di minima importanza (art. 114 c.p.), reato diverso e più grave da quello voluto da taluno dei concorrenti (art. 116, comma 2, c.p.)²⁰²;

198Concetto che verrà ribadito poco dopo da Corte Cost., sent. 11 giugno 1993, n. 306, in www.giurcost.org.

199Come già messo in luce nel capitolo precedente, l'art. 58-ter o.p., introdotto con il d.l. 152/91, disciplina i contenuti della collaborazione giudiziale 'fruttuosa'. Pur rinviando a quelle pagine per una trattazione più dettagliata, appare comunque opportuno ricordarne il fondamentale dettato normativo: "I limiti di pena (...) non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti o per la cattura degli autori dei reati".

200Va comunque precisato che da questo elenco vennero espunti i delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, segno evidente dello spirito della novella, protesa a incentrare sulla criminalità mafiosa il regime penitenziario di maggior rigore.

201IOVINO F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 1262.

202IOVINO F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 1263.

- per i reati della 'terza fascia', infine, non direttamente espressione di riferibilità alla criminalità organizzata, il legislatore ammetteva la concessione dei benefici, salvo non sussistessero elementi in grado di far ritenere attuale l'esistenza di collegamenti con la delinquenza di matrice mafiosa o eversiva. Per queste tipologie delittuose non era, dunque, richiesta alcuna condotta collaborativa quale modalità di superamento dei limiti suddetti. Si trattava delle medesime fattispecie previste nell'originaria formulazione dell'art. 4-bis o.p., ovvero quelle di cui agli artt. 575 c.p., 628, comma 3, c.p., 629, comma 2, c.p. e 73 TU, limitatamente all'ipotesi aggravata dell'art. 80 del medesimo TU, più l'ipotesi dei delitti di terrorismo ed eversione dell'ordine democratico, quest'ultimi degradati dalla 'prima' alla 'terza fascia' in ragione del diminuito allarme sociale procurato²⁰³.

3.1.1. Ancora sul regime probatorio per i reati di 'prima fascia'. La collaborazione fruttuosa

Nel cominciare a svolgere osservazioni più approfondite a proposito del regime di acquisizione della prova stabilito per i reati di 'prima fascia' sembra opportuno citare un passaggio di Felice Pier Carlo Iovino, tratto da uno dei suoi contributi più significativi in materia: "Quanta incoerenza in tale disposizione si trovi con un sistema processuale che, viceversa, impone l'assoluzione dell'imputato tutte le volte che la prova del fatto e della stessa imputabilità sia insufficiente, è agevole intuire"²⁰⁴.

L'autore conclude così un lungo ragionamento volto a evidenziare i limiti strutturali del sistema concepito dall'art. 4-bis o.p. e i dubbi di costituzionalità da ciò direttamente derivanti.

In effetti, si constata con facilità la veridicità di tale affermazione: al di là delle diverse sensibilità, non è possibile negare che il legislatore sia venuto a delineare una regola probatoria che sembra porsi in forte contrasto con il rito di ispirazione accusatoria introdotto sul finire degli anni '80.

Pur non avendo certezza dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, la legge preferisce negare la predisposizione di un trattamento rieducativo in fase di esecuzione penale, andando a incidere sul percorso detentivo in maniera 'punitiva' in caso di mancata collaborazione giudiziale del condannato.

É l'idea stessa di una presunzione di pericolosità a risultare antinomica rispetto al principio in base al quale sono gli organi giudicanti a essere onerati di fornire tale prova.

203IOVINO F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 1264.

204IOVINO F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 1265.

Nel corso del giudizio di esecuzione dovrebbe spettare al magistrato di sorveglianza valutare la sussistenza di elementi in grado di dimostrare la perdurante pericolosità sociale del soggetto, elementi rispetto a cui il condannato potrebbe svolgere eventualmente le proprie difese.

Tutto ciò è impedito nel momento in cui al giudice viene sottratto tale sindacato e l'unica modalità per superare la presunzione ostativa in oggetto è rappresentata dall'istituto della collaborazione di giustizia.

Per questa via il legislatore ha, dunque, stabilito quale fosse l'unico mezzo attraverso cui esercitare il proprio diritto di difesa, che risulta così fortemente intaccato in una delle sue prerogative principali, ovvero la scelta in merito all'impostazione stessa della linea difensiva (art. 24, comma 2, Cost.).

Ciò premesso, vale la pena rammentare la definizione di collaborazione giudiziale fruttuosa stabilita dall'art. 58-ter o.p.; sarà infatti utile a raccordarsi con il paragrafo seguente, il cui oggetto è costituito dalla collaborazione oggettivamente irrilevante e dalla collaborazione impossibile, le quali altro non sono che forme di collaborazione infruttuosa o, secondo altra discutibile dizione, di "non-collaborazione"²⁰⁵.

Secondo l'art. 58-ter o.p. sono persone che collaborano con la giustizia "coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati".

Per quel che qui interessa, è ovvio che molto rilevante sarà la collaborazione svolta in fase di esecuzione penale, in quanto il suo accertamento da parte delle autorità giudicanti comporta una serie di vantaggi penitenziari, primo fra tutti il superamento dei limiti stabiliti con riferimento ai reati di 'prima fascia' per l'accesso ai benefici in senso lato.

La stessa norma stabilisce inoltre la non applicabilità delle soglie minime di espiazione della pena, che la legge ha elevato con riferimento ai singoli istituti coinvolti (cfr. *infra* § 6. ss.), qualora la persona sia stata condannata a taluno dei reati di 'prima fascia'; in altri termini, l'aver svolto dichiarazioni delatorie è

205RICCI A., "Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo", Lavis, CEDAM, 2013, p. 5. A parere di chi scrive l'espressione utilizzata dall'autore potrebbe apparire fuorviante e ingenerare confusione nel lettore inesperto: definire "non-collaborazione" tali condotte significa in primo luogo non tenere in apposita considerazione la volontà rescissoria che egualmente le connota; in secondo luogo è giuridicamente inappropriato, in quanto la mancanza di collaborazione vera e propria è elemento preclusivo alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative, mentre collaborazione oggettivamente irrilevante e collaborazione impossibile sono equiparate, in talune circoscritte ipotesi, alla collaborazione giudiziale fornita secondo la definizione dell'art. 58-ter o.p.

strumento non solo per accedere ai benefici e alle misure alternative, ma per accedervi in maniera più veloce e secondo gli ordinari termini previsti per la criminalità c.d. comune.

La bontà della condotta collaborativa è verificata dal tribunale di sorveglianza, che può svolgere indagini autonomamente e ha l'obbligo di sentire il parere del pubblico ministero, il cui ufficio si identifica con quello del distretto in cui ha competenza il giudice per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione.

Solo una condotta collaborativa perfettamente inquadrabile nella sopraccitata definizione legislativa può essere elemento valido al superamento dei rigorosi limiti imposti dal dettato dell'art. 4-bis o.p.

Ciò, come si è già avuto modo di vedere e come verrà esposto subito appresso, è vero solo con riferimento alle condotte rientranti nella 'prima fascia' di tipologie delittuose; per quel che riguarda le fattispecie di 'seconda fascia', che altri identificano come semplice sottogruppo della 'prima', il legislatore ha in realtà temperato il rigore normativo introducendo la previsione che anche una collaborazione giudiziale infruttuosa possa (in taluni casi circoscritti) risultare idonea al superamento delle preclusioni penitenziarie.

Nessun problema pone, invece, la categoria di reati individuati dalla novella legislativa come 'terza fascia' (cfr. *supra* Sez. I § 3. 2. 2.).

Alcune considerazioni di carattere concettuale: al di là dell'inopportunità di ostacolare in tal modo il percorso risocializzativo della persona condannata, non sembra preliminarmente corretto demandare al giudice dell'esecuzione l'accertamento della collaborazione giudiziale ex art. 58-ter o.p.

Come messo in luce dalla dottrina, "il tribunale di sorveglianza viene così chiamato ad esercitare una funzione di accertamento che è invece propria del giudice di cognizione"²⁰⁶; inoltre, "anche se ai soli fini della decisione relativa alla concessione dei benefici previsti dalla legge penitenziaria, è certo che il tribunale di sorveglianza estende il suo giudizio sui fatti che sono stati oggetto dell'accertamento di merito effettuato nel processo di cognizione, con la conseguente, inevitabile interferenza tra le diverse fasi processuali della cognizione e dell'esecuzione"²⁰⁷.

Dalla lettura di queste righe due risultano i profili su cui instaurare una riflessione: l'ingerenza della magistratura di sorveglianza in un ambito di accertamento che non le sarebbe proprio (ma che diventa tale per volontà del legislatore) e la sovrapposizione di accertamenti giurisdizionali che potrebbero anche non conciliare.

206SAMMARCO A. A., *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, f. 3, p. 875.

207SAMMARCO A. A., *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, cit., p. 875-876.

Tali criticità non trovano a oggi una soluzione, in quanto un loro superamento sarebbe possibile solo laddove si decidesse di riformare dalle fondamenta la disciplina in esame.

Il nodo irrisolto rimane sempre lo stesso: l'impropria valorizzazione della condotta collaborativa in un ambito che non le si addice, ovvero quello dell'esecuzione penale, quando, invece, sarebbe più opportuno limitare l'operatività dell'art. 58-ter o.p. alla fase di cognizione, nella quale il giudice stabilisce se e di che tipo è la sanzione da irrogare.

Altre voci hanno poi evidenziato un ulteriore profilo di criticità: il suesposto procedimento, disciplinato dal comma 2 dell'art. 58-ter o.p., sarebbe privo del carattere della "giurisdizionalità"²⁰⁸, intesa come la possibilità di far valere la propria linea difensiva nel rispetto del contraddittorio, principio che informa il processo penale di ispirazione accusatoria e che è stato in questo caso estromesso.

Per questa via il magistrato di sorveglianza si trova a dover assumere delicate decisioni, dirimenti per il futuro del soggetto che ha prestato la collaborazione, senza la possibilità di un confronto dialettico con l'interessato, le cui garanzie difensive vengono così elise.

3.1.2. Il regime probatorio per i reati di 'seconda fascia'. La collaborazione "oggettivamente irrilevante"

Come si è avuto modo di vedere, la nuova formulazione dell'art. 4-bis o.p. ha introdotto una serie di significativi cambiamenti.

Oltre a quanto già analizzato, merita una nota a parte la previsione riguardante la 'seconda fascia' di reati; più in particolare, stabilisce il legislatore: "I benefici suddetti possono essere concessi anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata".

Con tale disposizione il legislatore decise di parificare, in termini di ricadute penitenziarie, la condotta collaborativa fruttuosa, disciplinata dall'art. 58-ter o.p., alla collaborazione che, pur essendo stata messa in atto, non aveva nei fatti portato alcuna utilità concreta, da cui la dicitura "oggettivamente irrilevante".

Tale, più flessibile, previsione non veniva, però, estesa a ciascuno dei reati ostativi elencati dall'art. 4-bis o.p.; il suo ambito di operatività era infatti limitato alla c.d. 'seconda fascia', costituita dalle neointrodotte ipotesi in cui i reati di 'prima fascia' fossero stati temperati in sede di cognizione dalla accertata

208IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 442.

presenza di almeno una delle attenuanti previste dagli artt. 62 n. 6 e 114 del codice penale, ovvero dal concorrere dell'eventualità stabilita dall'art. 116 c.p.

Dal momento che in tali circoscritte ipotesi la collaborazione infruttuosa veniva equiparata a quella fruttuosa, il legislatore ritenne di dover stabilire un'ulteriore garanzia a tutela delle esigenze di difesa sociale.

Con ciò si fa riferimento all'ultima parte del dettato normativo (tuttora vigente) laddove si imponeva che, in caso di collaborazione oggettivamente irrilevante, non sarebbe stato sufficiente l'accertamento della volontà di collaborare (resa ininfluenza dalle circostanze), ma sarebbe stato altresì necessario valutare negativamente la sussistenza di collegamenti attuali con la malavita organizzata.

Anche in quest'ipotesi la prova per accedere ai benefici penitenziari risultava allora aggravata e di non sempre facile deduzione.

Va poi precisato che il secondo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p. diventò oggetto di dibattito subito dopo la sua introduzione.

Ciò non perché salutato con sfavore dal mondo accademico o dalla giurisprudenza; al contrario da più parti si riteneva fosse opportuno allargarne l'applicazione a ipotesi simili.

Fondamentale da questo punto di vista è la sent. 19-27²⁰⁹ luglio 1994, n. 357, con cui la Corte Costituzionale fu chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma rispetto all'inopportunità della previsione di concedere i benefici penitenziari e le misure alternative solo in presenza di fruttuosa collaborazione con la giustizia (secondo la disciplina dettata dall'art. 58-ter o.p.) o di collaborazione irrilevante (limitatamente ai casi stabiliti dal secondo periodo, c.d. reati di 'seconda fascia').

Il giudice remittente ravvisava la necessità di estendere l'ammissibilità agli istituti premiali anche nel caso di collaborazione giudiziale impossibile; in questo modo non si sarebbe violato il principio di uguaglianza formale enunciato all'art. 3, comma 1, Cost.

Quello che veniva denunciato dal giudice *a quo* era di fatto un *vulnus* legislativo: se poteva assumere importanza la collaborazione irrilevante²¹⁰, ovvero quella collaborazione fornita senza concreta utilità in ragione della marginalità del soggetto nell'organizzazione di appartenenza o, ancora, resa futile dall'aver già accertato tutti i fatti e le responsabilità senza che si rendano necessarie ulteriori dichiarazioni in tal senso, ugualmente doveva rilevare per identità di *ratio* la collaborazione impossibile, perché parimenti dimostrativa della volontà della persona di distaccarsi dalla malavita organizzata.

209La prima data è quella in cui è stata deliberata la sentenza, la seconda si riferisce al suo deposito in cancelleria.

210Si veda Corte Cost., sent. 11 giugno 1993, n. 306, cit., e quanto già stabilito dall'art. 4-bis o.p., seconda formulazione.

In caso contrario si sarebbe legittimata una discriminazione delle persone davanti alla legge.

Accogliendo siffatte argomentazioni la Consulta dichiarò, dunque, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis o.p., comma 1, limitatamente al secondo periodo e per la parte in cui "non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso (...) renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata"²¹¹.

Contravvenendo all'ordine cronologico con cui si sta svolgendo l'esposizione preannunciamo che il legislatore ha in seguito assorbito la pronuncia della Consulta, modificando il testo del secondo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p. (ora confluito nel comma 1-bis), onde per cui adesso è lo stesso dettato normativo a prevedere tale ipotesi (cfr. Sez. III, § 1.1.).

3.1.2. (segue) La collaborazione inesigibile. Il regime probatorio risultante dalle pronunce della Corte Costituzionale

La novità legislativa anticipata in chiusura del paragrafo precedente rappresenta, come visto, l'adeguamento a un orientamento giurisprudenziale, che aveva trovato accoglimento nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 357/94.

In realtà un anno dopo tale celebre sentenza, i giudici costituzionali furono chiamati a esprimersi nuovamente sull'estensibilità dell'ipotesi dell'allora secondo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p. a casi ulteriori rispetto a quelli di collaborazione oggettivamente irrilevante (introdotto dal d.l. 306/92) e di collaborazione impossibile (Corte Cost., sent. 357/94).

Si ci riferisce alla sent. 22 febbraio 1995, n. 68, che segnò un vero e proprio spartiacque in materia.

Con questa nuova pronuncia la Corte Costituzionale si dovette esprimere ancora una volta sulla legittimità della previsione di assoggettare la concessione dei benefici penitenziari alla maturazione del requisito della collaborazione giudiziale ex art. 58-ter o.p.

Più in particolare, il caso concreto da cui nasceva l'ordinanza di rimessione del Tribunale di sorveglianza di Roma concerneva l'impossibilità di ammettere agli istituti premiali un soggetto, il cui percorso risocializzante e il mancato attuale collegamento con la criminalità organizzata erano stati provati per altra via.

²¹¹Corte Cost., sent. 19 luglio 1994, n. 357, in www.giurcost.org.

La persona in esame verteva nella condizione di non poter collaborare fruttuosamente con la giustizia a causa di circostanze impeditive concrete e indipendenti dalla volontà individuale, come il fatto che eventi e responsabilità risultassero ormai integralmente accertati nella sentenza irrevocabile di condanna²¹².

Come è facile intuire i parametri di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, secondo periodo, o.p., erano rappresentati essenzialmente dagli artt. 3, comma 1, e 27, comma 3, Cost.

Coerentemente a quanto enunciato nei propri precedenti giurisdizionali (sent. nn. 306/93 e 357/94), la Consulta accolse le argomentazioni del giudice *a quo*; affermò che “collaborazione irrilevante e collaborazione impossibile (...) finiscono per saldarsi all'interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile, che permette di infrangere lo sbarramento preclusivo previsto dalla norma proprio perché privato, in simili casi, della funzione stessa che il legislatore ha inteso imprimergli”²¹³, ovvero quella di riconnettere alla scelta di collaborare la rescissione dei vincoli associativi e l'aver intrapreso un positivo percorso rieducativo.

La Corte Costituzionale dichiarò allora l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis o.p., comma 1, secondo periodo, “nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata”.

Con tale pronuncia veniva, dunque, a sfumare la differenza tra collaborazione oggettivamente irrilevante e collaborazione impossibile: ciò che veniva evidenziato dal Giudice delle Leggi era che tutti i casi di collaborazione inesigibile si sarebbero dovuti trattare allo stesso modo.

Il che significava che per ciascuna di queste ipotesi si sarebbe dovuto applicare il meno rigoroso regime di acquisizione probatoria stabilito dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p. (ora comma 1-bis); ciò in ragione della comune volontà rescissoria pur rivelandosi la collaborazione giudiziale concretamente infruttuosa.

Volendo comunque compiere dei *distinguo* interessante è quanto argomentato da Alessandro Ricci, che ha dedicato una recente monografia a questo tema²¹⁴.

212Corte Cost., sent. 22 febbraio 1995, n. 68, in www.giurcost.org.

213**ibidem**.

214RICCI A., “Collaborazione impossibile” e sistema penitenziario, cit., p. 35.

L'autore ha ravvisato quale elemento caratterizzante la collaborazione impossibile l'oggettività di prestare collaborazione, mentre la collaborazione inesigibile sarebbe connotata da maggiore soggettività, pur presentando con la prima evidenti profili di omogeneità.

A tale risultato si giungerebbe perché la collaborazione impossibile concerne "l'obiettivo ricostruzione dei fatti e l'individuazione degli autori degli stessi ed è insensibile alla conoscenza che dei singoli aspetti della vicenda può avere avuto il detenuto che dichiara di trovarsi in tale situazione", mentre la collaborazione inesigibile si incentra "sul limitato perimetro conoscitivo del detenuto che comporti la non conoscenza e non conoscibilità di aspetti rimasti non completamente accertati"²¹⁵.

Spiegato, dunque, il funzionamento di alcune ipotesi di collaborazione non fruttuosa rispetto alla concedibilità dei benefici penitenziari, va infine dato spazio a una innovativa tesi ricostruttiva, formulata negli ultimi anni da parte minoritaria della dottrina²¹⁶ e fortemente osteggiata dalla giurisprudenza²¹⁷: si tratta dell'orientamento che interpreta in maniera più indulgente le norme che impongono soglie espiali maggiori per l'accesso ai benefici penitenziari (e di cui si darà conto per ciascun istituto nei § 6. ss.).

Chiara volontà è quella di consentire ai detenuti condannati all'ergastolo l'accesso, attraverso un *escamotage* di tipo interpretativo, a benefici e misure alternative che potrebbero parzialmente lenire le sofferenze di una sanzione detentiva senza fine e, secondo molti, lesiva della dignità della persona²¹⁸.

I condannati all'ergastolo per taluno dei delitti di 'prima fascia' dell'art. 4-bis o.p. rappresentano infatti l'unico caso ancora esistente nel nostro ordinamento di attuazione dell'ergastolo ostativo, ovvero di ergastolo per cui non sia prevista alcuna forma di liberazione condizionale o di esecuzione extramuraria della pena²¹⁹.

Per tale tipologia di soggetti ristretti il rigore trattamentale non può nemmeno essere mitigato dalla possibilità di accedere all'istituto della liberazione anticipata, che pure sarebbe escluso dai limiti dell'art. 4-bis o.p., in

215RICCI A., "Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario, cit., p. 35.

216Esponente principale di quest'orientamento è il Prof. Luciano Eusebi, che argomenta copiosamente la propria tesi in: EUSEBI L., *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, in 'Cass. pen.', 2012, f. 4, p. 1220 ss.

217In senso contrario: Cass., Sez. I, 20 marzo 2012; Cass., Sez. I, 19 settembre 2012. Riporta queste pronunce a sostegno del proprio dissenso: RICCI A., "Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario, cit., p. 15.

218LAMANUZZI M., *L'ergastolo ostativo. Una pena in contrasto con la dignità*, agosto 2014, reperibile su www.ristretti.it.

219EUSEBI L., *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1221.

quanto è del tutto evidente l'irrilevanza della detrazione di un *quantum* di pena con riferimento a una sanzione senza termine, e, dunque, indefinita²²⁰.

Secondo quest'indirizzo, tali condizioni temporali di ammissibilità non dovrebbero essere cumulate con l'accertato svolgimento di collaborazione giudiziale ex art. 58-ter o.p.; esse sarebbero semmai alternative rispetto a tale requisito²²¹.

Fermo restando che i detenuti condannati per delitto di 'prima fascia', qualora collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter o.p., possano accedere agli istituti rieducativi secondo soglie espiali ordinarie, la novità riguarderebbe allora il trattamento dei detenuti non collaboranti, i quali potrebbero accedervi semplicemente attendendo di scontare una soglia espiale maggiore, senza l'obbligo di svolgere collaborazione attiva.

Tradotto in altri termini questa seconda ipotesi consentirebbe a tali detenuti di non dover dimostrare alcuna situazione che renda impossibile o inesigibile il compimento di dichiarazioni delatorie; di converso gli stessi detenuti potrebbero decidere di prestare collaborazione (fruttuosa o infruttuosa) al fine di garantirsi un accesso più celere ai benefici penitenziari e alle misure alternative, vedendosi elidere la quota pena più elevata.

La dottrina maggioritaria si è dimostrata contraria rispetto a tale ipotesi, esprimendo il proprio dissenso in ragione del fatto che il dettato normativo appare inequivoco²²² e una siffatta interpretazione perverrebbe a risultati troppo creativi e sicuramente lontani dalla volontà storica del legislatore²²³.

Anche per questo motivo mi sia permesso di dire che, anziché tentare un riallineamento della disciplina in oggetto con i principi costituzionali e del diritto penitenziario attraverso la proposizione di una lettura forzata degli articoli di legge, meglio sarebbe ripensare codeste disposizioni riscrivendole in maniera più coerente con i valori che informano in nostro ordinamento e prospettando un testo alternativo a quello ora vigente.

Il suggerimento è, dunque, quello di riformulare l'art. 4-bis o.p., ed eventualmente le norme ad esso collegate, per mezzo di una riforma organica e dalla chiara *ratio* special-preventiva, evitando tentativi di 'manipolare' il tenore letterale delle disposizioni, a parere di chi scrive futili e concettualmente scorretti.

220EUSEBI L., *Ergastolano «non collaborante»*, cit., pp. 1228-1229.

221EUSEBI L., *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1225 ss.

222RICCI A., *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario*, cit., p. 16.

223RICCI A., *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario*, cit., p. 17.

4. Il ruolo delle procure antimafia

Il nuovo comma 3-bis introduceva, poi, due previsioni di notevole importanza; per questa ragione si suole suddividere la disposizione in due parti distinte.

La prima, oggetto del presente paragrafo, riguardava la possibilità che la procura (nazionale o distrettuale) antimafia comunicasse al giudice dell'esecuzione, tramite apposita informativa, la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata; ciò sarebbe stato dirimente rispetto alla concedibilità dei benefici penitenziari e delle misure alternative²²⁴, operando quale vera e propria "barriera ad effetto anticipato"²²⁵.

Tale attribuzione, che si configurava secondo l'interpretazione iniziale come potere di veto²²⁶ implicante un "azzeramento dell'autonomia decisionale della magistratura di sorveglianza"²²⁷, risultava ancora più dirimente dal momento che la previsione riguardava in generale i "delitti dolosi"; ben poteva accadere, dunque, che la segnalazione della procura interessasse un soggetto la cui sanzione detentiva era stata irrogata in ragione di un reato diverso dalle fattispecie elencate nelle tre 'fasce' dell'art. 4-bis o.p.²²⁸

224Vale qui la pena compiere una precisazione: secondo la lettura consolidata della norma, parallelamente a quanto stabilito dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p., il legislatore avrebbe inteso escludere la liberazione anticipata dall'alveo delle misure alternative oggetto delle limitazioni stabilite dal comma 3-bis. Al contrario, la liberazione condizionale non sarebbe tra gli istituti ricompresi nell'operatività di questo comma; a tale conclusione si pervenirebbe interpretando sistematicamente tale disposizione con quanto previsto dall'art. 2, comma 1, del d.l. 152/91, che, come noto, statuisce il rinvio che rende possibile l'estensione alla liberazione condizionale dei limiti previsti dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p. e che, per esplicita volontà del legislatore, richiama i commi 2 e 3, ma non anche il 3-bis. Così argomentato in: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 132. Si esprime diversamente sulla liberazione anticipata: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 103; l'autrice interpreta rigorosamente la mancanza di un esplicito riferimento negativo alla liberazione anticipata, già introdotto appositamente dal legislatore del 1992 per dirimere i contrasti d'opinione sorti rispetto ai limiti previsti dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p. Per una posizione di segno opposto con riferimento alla liberazione condizionale si rimanda a: BERTOLOTTI E., *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. n. 306/92: configurabilità di un potere di veto o di una mera collaborazione a fini probatori?*, in 'Cass. pen.', 1993, f. 10, p. 2389.

225Tale eloquente espressione è tratta da: PRESUTTI A., *'Alternative' al carcere e regime delle preclusioni*, cit., p. 91.

226Tra i primi a esprimersi in questi termini: PEPINO L., *Superprocura e dintorni... (appunti su presente e futuro del pubblico ministero)*, in 'Quest. giust.', 1992, f. 2, p. 275.

227Citazione tratta da: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 134. Della stessa opinione, tra gli altri: GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 140; IOVINO F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 1265.; CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 84.

228Non c'è comunque chi manca di far notare che tale preoccupazione assumerebbe essenzialmente carattere dogmatico; ciò in ragione del fatto che, se pure in via teorica la P.N.A. e le procure distrettuali possono presentare informativa relativa a un generico "delitto doloso", è altresì vero che le competenze di tale organo non sono estese a qualunque fattispecie di reato, ma sono previste tassativamente dal codice di procedura penale all'art. 51, comma 3-bis e si limitano a condotte delittuose ricollegabili all'area della criminalità

La disposizione, definita "norma di chiusura del sistema"²²⁹, introduceva, dunque, un nuovo limite alla concedibilità dei benefici penitenziari e all'ammissibilità alle misure alternative, il cui ambito di operatività non era perfettamente sovrapponibile a quello stabilito dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p., che, come noto, è relativo a determinati titoli di reato.

A parere di chi scrive il comma 3-bis costituiva allora la rappresentazione simmetrica del comma 1, in quanto identica era la *ratio* sottesa, ma capovolto risultava il suo funzionamento: se nel primo comma il legislatore imponeva un divieto di concessione dei benefici, salva la prova della cessata pericolosità sociale del soggetto (attraverso la sola modalità della collaborazione di giustizia, l'unica in grado di dimostrare per legge la rottura del sodalizio criminale), nel neointrodotta comma, mancando la condanna a un titolo di reato ostativo, i benefici dovevano essere generalmente ammissibili, sempreché la prova dei contatti con la malavita organizzata non fosse fornita dalla P.N.A. (o da una procura distrettuale), sospinta dal c.p.o.s. o di propria iniziativa.

Da quest'ultima affermazione è possibile immaginare, dunque, che la procura antimafia in oggetto potesse venire in possesso di elementi che facessero presupporre collegamenti del soggetto interessato con il crimine organizzato grazie ad inchieste antimafia e indagini preliminari che investissero, più o meno casualmente, tale persona²³⁰.

Proprio tale fatto destava preoccupazione: non era ininfluente che un simile potere fosse stabilito in capo a un organo di natura accusatoria, il quale, come tale, era propenso a ravvisare con maggior facilità esigenze di difesa sociale; di qui il suggerimento in base a cui, anche in questo caso, sarebbe stato preferibile valorizzare il sindacato giurisdizionale della magistratura di sorveglianza, tradizionalmente più garantista e attenta nel ponderare i diversi interessi in campo.

Per queste ragioni buona parte della dottrina si è permessa di forzare il dettato normativo, in quanto la lettera del comma 3-bis, se non adeguatamente interpretata, potrebbe risultare in contrasto con diversi principi della Carta

organizzata di matrice mafiosa o, secondo le recenti modifiche, terroristica. Così secondo: GREVI V., *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 11; dello stesso avviso, più di recente: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 102.

229BERTOLOTTO E., *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. n. 306/92*, cit., p. 2389. L'autrice afferma infatti che il comma 3-bis rappresenta la disposizione con cui il legislatore completa il sistema del 'doppio binario' estromettendo "chiunque risulti colluso con la criminalità organizzata da qualsiasi misura premiale".

230Ciò spiegherebbe la ragione dell'apparente 'lacuna' legislativa nell'omettere il requisito delle "dettagliate informazioni" nel fascicolo ex comma 3-bis; potrebbe infatti rivelarsi necessario mantenere la segretezza delle indagini, al fine di non compromettere il lavoro di investigazione compiuto dagli organi requirenti. Tale elemento, sicuramente da considerare, andrebbe in ogni caso bilanciato con il diritto alla difesa, il quale, avendo rango costituzionale, costituisce principio fondamentale e valore incompressibile. Così secondo: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 132.

costituzionale²³¹, primi fra tutti il vincolo di esclusiva soggezione del giudice alla legge statale, stabilito dall'art. 101, comma 2, Cost., e il fondamentale diritto alla difesa, enunciato dall'art. 24, comma 2, Cost.²³²

Con riferimento al primo parametro si è fatto notare che un potere di veto strettamente inteso verrebbe concretamente a svilire la discrezionalità di cui, invece, deve godere il giudice anche in fase di esecuzione; come già evidenziato in altro paragrafo in merito alle facoltà del c.p.o.s., il rischio è che la magistratura di sorveglianza sia svuotata del proprio potere decisorio e che ad essa sia affidata un mero ruolo notarile, che, in quanto tale, mal si abbinerebbe all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Tale timore è inoltre corroborato dal fatto che, a differenza di quanto richiesto per il fascicolo informativo elaborato dal c.p.o.s. a norma del comma 2 dell'art. 4-bis o.p., per l'informativa della P.N.A. o di altra procura distrettuale il legislatore non ha neppure introdotto lo stesso onere di dettagliarne i contenuti; questa 'lacuna' inciderebbe negativamente sul diritto di difesa del soggetto interessato, diritto che rappresenta infatti il secondo dei principi costituzionali violati dal dispositivo del comma 3-bis.

A questo proposito si è allora proposto di estendere il requisito della dovizia di informazioni anche ai fascicoli provenienti dalle procure antimafia; inoltre, e forse in maniera dirimente, è ormai opinione comune che, parallelamente a quanto stabilito dalla giurisprudenza di legittimità in materia di informativa del c.p.o.s., anche con riferimento alla documentazione proveniente da una procura antimafia il giudice di sorveglianza possa "disconoscere la fondatezza di un'eventuale comunicazione negativa, contrapponendole risultanze diverse, provenienti da altre fonti di prova"²³³.

Ciò si traduce concretamente in un onere di più robusta motivazione del provvedimento adottato dal giudice, qualora questi ritenga siano sussistenti

231 Particolarmente sensibile a questo profilo è: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 105; l'autrice propugna "una soluzione esegetica che, superando il dato letterale, risulti essere rispettosa dei principi costituzionali".

232 DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 19.

233 DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 136; nella stessa direzione anche: BERTOLOTTO E., *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. n. 306/92*, cit., p. 2390 ss.; sottolinea l'autrice la necessità che le affermazioni degli organi requirenti siano supportate da documentati riscontri fattuali; se così non fosse, verrebbe allora ammessa la possibilità di compiere osservazioni e valutazioni apodittiche, ovvero non ancorate a elementi fattuali e rispetto alle quali sarebbe inibito l'esercizio del diritto di difesa. Corroborano questa tesi diverse pronunce della Corte di Cassazione, fra cui: Cass., Sez. I, sent. 10 febbraio 1993, in 'Cass. pen.', 1993, p. 2835, nella quale si argomenta che "il giudice di sorveglianza non potrà recepire acriticamente l'informazione pervenutagli, ma dovrà sottoporla in ogni caso a un rigoroso controllo per accertare la logicità, compiutezza e idoneità delle circostanze di fatto che sottostanno al parere dell'organo dell'accusa;" tale pronuncia, nota come 'caso Palladino' è parimenti ripresa da CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 106.

elementi validi a fondare un esito diverso da quello formulato dagli organi requirenti²³⁴.

Un'ultima precisazione è necessaria a chiusura di paragrafo: è stata già messa in evidenza la comunanza di *ratio* tra la disposizione prevista dal comma 3-bis e quanto stabilito dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p.; da ciò discende che, analogamente a quanto stabilito nella prima parte dell'articolo, l'informativa della procura nazionale o distrettuale antimafia non sia ostativa alla concessione dei benefici penitenziari in presenza di una comprovata condotta collaborativa, legislativamente atta a superare la presunzione di collegamenti attuali con la criminalità organizzata²³⁵.

5. Revoca dei benefici in mancanza di collaborazione fruttuosa

La seconda previsione disciplinata al comma 3-bis era costituita da un singolare potere di revoca dei benefici penitenziari o delle misure alternative.

Contravvenendo al principio di irretroattività della legge penale sostanziale, cristallizzato all'art. 25, comma 2, della Costituzione, il legislatore prevede la revoca dei suddetti provvedimenti favorevoli per l'ipotesi in cui la persona detenuta o internata per taluno dei delitti indicati in 'prima fascia' non vertesse nella condizione di cui all'art. 58-ter o.p. (collaborazione fruttuosa).

Ciò significava che, qualora alla data di entrata in vigore del d.l. 306/92 taluni di questi soggetti avessero già intrapreso un percorso rieducativo e stessero attualmente godendo di benefici, il giudice di sorveglianza avrebbe dovuto interrompere tale percorso disponendo la revoca.

Per gli autori di reati della 'prima fascia' la collaborazione di giustizia rappresentava, dunque, l'unica modalità di accesso ai benefici non solo per il futuro, ma anche per il passato.

I profili di incostituzionalità e di ingiustizia di siffatta previsione erano evidenti e sarebbero stati censurati poco dopo dalla Corte Costituzionale con sentenza 8 luglio 1993, n. 306 (cfr. *infra* § 9.); peraltro, trattandosi di una disposizione ormai abrogata non si ritiene necessario svolgere ulteriori approfondimenti.

6. I benefici oggetto di esclusione o restrizione

234Cass. Pen., Sez. I, sent. 13 gennaio 1994, in '*Giust. pen.*', 1994, p. 608.

235PRESUTTI A., '*Alternative al carcere e regime delle preclusioni*', cit., pp. 85 e 91. Precisa l'autrice: "In questo caso, la collaborazione fornita dal condannato, dimostrando concretamente il venir meno del vincolo associativo, blocca la possibilità di intervento del titolare dell'accusa. La sua integrazione condiziona, pertanto, la stessa fattibilità della valutazione giurisdizionale sui risultati del trattamento rieducativo."

Appare ora opportuno dedicare alcune pagine ai benefici penitenziari e alle misure alternative la cui concedibilità è assoggettata al regime probatorio imposto dall'art. 4-bis o.p.

Se fino ad adesso si ci è limitati a citarli, per dovere di completezza si rende però necessario analizzare tali istituti, prendendo in considerazione, seppur brevemente, i profili che si reputano più interessanti ai fini della presente disamina.

Come più volte ribadito, il legislatore mira a concedere con cautela l'accesso a determinate misure penitenziarie; ciò in ragione della presunta pericolosità sociale che caratterizzerebbe maggiormente alcune categorie di rei rispetto ad altre.

A questi condannati si preferisce di fatto inibire la possibilità (*rectius* il diritto) di seguire un trattamento penitenziario individualizzato, e ciò al malcelato fine di perseguire obiettivi di politica criminale che, per quanto rilevanti, non possono essere valido motivo di distorsione dello scopo ultimo della pena, ovvero quello rieducativo.

Tale affermazione si riferisce, come ovvio, alle modalità con cui la legge disciplina lo strumento della collaborazione di giustizia, denaturalizzato e particolarmente valorizzato in una sede che non gli è propria, come quella dell'esecuzione penale.

Tornando all'argomento principe di questa sezione, i benefici di cui si tratterà sono allora: l'ammissione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative (affidamento in prova ai servizi sociali ordinario, detenzione domiciliare ordinaria e semilibertà).

Alla liberazione anticipata, misura alternativa espressamente esclusa dai benefici oggetto dei limiti di cui all'art. 4-bis o.p., è dedicato un apposito paragrafo.

Da ultimo verrà presa in considerazione la liberazione condizionale, quale causa estintiva della pena rientrante nell'ambito di operatività dell'art. 4-bis o.p. tramite rinvio legislativo.

Le pagine successive prendono in considerazione ognuno di essi singolarmente; senza pretesa alcuna di esaustività, si è cercato di mettere in evidenza quelle che sono le caratteristiche peculiari di ciascun istituto, ovvero *ratio* e funzionamento, esponendo il raccordo sussistente tra questi e la disciplina del 'doppio binario'.

6.1. L'ammissione al lavoro all'esterno

Questo primo istituto è disciplinato dall'art. 21 o.p., che ne stabilisce scopi e modalità, e trova dettagliata normazione nell'art. 48 del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230.

Nata come particolare modalità di esecuzione della pena²³⁶, l'ammissione al lavoro all'esterno sembra progressivamente aver acquisito, agli occhi di molti, natura di misura alternativa alla detenzione; ciò in ragione dell'identità di *ratio* che accomuna tale beneficio penitenziario alle misure alternative propriamente intese, ovverosia "la finalità di recupero e reinserimento del detenuto nel tessuto sociale"²³⁷.

Prima di svolgere ulteriori e più approfondite considerazioni appare allora opportuno illustrare in cosa consiste concretamente tale "strumento di sostegno"²³⁸ e quali sono, in generale, i requisiti che il legislatore ha previsto in termini di concedibilità.

Stabilisce l'art. 21 o.p. al primo comma: "I detenuti e gli internati possono essere assegnati al lavoro all'esterno in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva degli scopi previsti dall'articolo 15"²³⁹.

La misura, caratterizzata da evidenti propositi special-preventivi, consiste nella possibilità che al detenuto venga assegnata un'attività lavorativa da svolgersi all'esterno del carcere, attività che a livello regolamentare viene definita permanente o abituale, e che può consistere nell'esercizio di una forma di lavoro subordinato o autonomo²⁴⁰.

Per quel che qui interessa particolarmente la l. 203/91 ha introdotto un'apposita regolamentazione non solo in riferimento al regime probatorio cui è condizionata l'ammissione al lavoro all'esterno, ma anche per quel che concerne i relativi tempi di ammissibilità.

Infatti, oltre alle note preclusioni cui sono assoggettati i condannati di 'prima' e 'seconda fascia' che non prestino collaborazione fruttuosa, con l'art. 4 della l. 203/91 il legislatore ha introdotto consistenti limiti di pena ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, i quali sono confluiti nella seconda parte del comma 1 dell'art. 21 o.p.: deve necessariamente essere espiato almeno un terzo della pena e, comunque, un tempo non superiore a cinque anni.

Per i condannati all'ergastolo, in ragione della gravità del fatto commesso, il requisito temporale è allungato ad almeno dieci anni di espiazione della pena.

Da ricordare infine che tra gli aspiranti destinatari del lavoro all'esterno vi sono anche gli imputati²⁴¹: l'attuale formulazione dell'art. 4-bis o.p. prevede infatti che le preclusioni ivi stabilite si applicano a "detenuti e internati".

236 FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 156.

237 CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 70.

238 FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 156.

239 L'art. 15 o.p., rubricato "Elementi del trattamento", enuncia al comma 2: "Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro".

240 Art. 48 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230.

241 CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 61. Opportunamente gli autori ricordano che in concreto sarà difficile ottenere la concessione di tale beneficio

Dal momento che i permessi premio e le misure alternative possono essere concesse solo in presenza di una condanna, corollario è che la dizione 'detenuti' faccia riferimento alla possibilità che tali soggetti siano ammessi al lavoro all'esterno.

6.2. I permessi premio

Questo secondo istituto costituisce uno dei più importanti benefici penitenziari in termini di concreta fruibilità e, non a caso, si tratta dello strumento di sostegno attorno al quale si è tradizionalmente focalizzata la legislazione antimafia anche precedentemente alla 'decretazione d'emergenza' dei primi anni '90, nello sforzo di prevedere limiti rigorosi che ostacolassero la sua piena concedibilità (cfr. *supra* Sez. I, § 2.).

Disciplinato puntualmente dall'art. 30-ter o.p., l'istituto dei permessi premio si caratterizza per la sua duplice valenza: da un lato si tratta di un beneficio che, come dimostra la stessa terminologia scelta, è latore di un'evidente natura premiale²⁴²; dall'altro esso si pone come strumento atto ad agevolare istanze di tipo special-preventivo²⁴³.

In effetti questi due elementi risultano perfettamente incorporati nel dettato normativo; stabilisce il comma 1 dell'art. 30-ter o.p.: "Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta (...) e che non risultano socialmente pericolosi, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione."

Prosegue la norma al comma 3: "L'esperienza dei permessi premio è parte integrante del programma di trattamento e deve essere seguita dagli educatori e assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del territorio".

I permessi premio sono, dunque, concessi ai condannati alla reclusione o all'ergastolo che, a seconda della condanna, abbiano espiauto parte della pena (secondo termini legislativamente previsti²⁴⁴), che siano meritevoli per l'aver tenuto condotta regolare all'interno dell'istituto penitenziario e che non risultino socialmente pericolosi secondo un giudizio prognostico.

penitenziario, dal momento che, pur mancando un accertamento definitivo, la gravità dei reati per cui si procede impone cautela.

242Si differenziano in questo senso rispetto ai permessi di necessità, disciplinati all'art. 30 o.p.

243Molteplici esempi in tal senso sono forniti quotidianamente dalla giurisprudenza; tra le tante pronunce si veda: Cass. Pen., Sez. I, sent. 24 dicembre 2008, *CED Cass. 242437*. In questa sede i giudici di legittimità si esprimono favorevolmente rispetto alla possibilità che il detenuto celebri matrimonio usufruendo di permesso premio.

244Si vedano i commi 4 e 5 dell'art. 30-ter o.p.

Come ha messo in luce la giurisprudenza, sono finalizzati a coltivare e conservare la propria sfera affettiva e, più in generale, a mantenere contatti positivi col mondo esterno, necessari per proseguire nel cammino di risocializzazione del soggetto.

L'art. 4 della l. 203/91 ha introdotto limiti temporali maggiori in termini di concedibilità del beneficio per quel che riguarda i condannati a taluno dei reati ostativi elencati nella 'prima' e nella 'seconda fascia' dell'art. 4-bis o.p.

Con riferimento a tali categorie di rei, tale concessione può trovare accoglimento soltanto dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni (comma 4, lett. c) dell'art. 30-ter o.p.).

Nei confronti dei condannati all'ergastolo, data la gravità del reato commesso, è richiesta l'espiazione di almeno dieci anni (comma 4, lett. d) dell'art. 30-ter o.p.

Piuttosto rilevante è, poi, una risalente pronuncia della Corte Costituzionale, con cui si dichiarò l'illegittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 4-bis o.p. nella parte in cui non prevedeva la concedibilità di permessi-premio nell'ipotesi in cui, pur mancando le condizioni per l'applicazione dell'art. 58-ter o.p., il condannato a taluno dei reati ostativi abbia usufruito di tale beneficio in precedenza e non sia stata accertata l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata²⁴⁵.

6.3. Le misure alternative

Per misure alternative alla detenzione si intendono una serie di istituti penitenziari caratterizzati da spiccate finalità di natura special-preventiva.

In questa ampia categoria rientrano strumenti che, per quanto differiscano tra loro in termini di concreto funzionamento, hanno quale nota comune l'intento di far espriare la pena *extra moenia*²⁴⁶, ovvero all'esterno del penitenziario e con modalità particolari.

Da un punto di vista dottrinale non vi è pieno accordo su quali misure debbano essere sussunte sotto tale etichetta, mentre dal punto di vista legislativo (che è quello qui adottato) il riferimento è rappresentato dal capo VI della l. 26 luglio 1975, n. 354, nota come legge sull'ordinamento penitenziario.

Le misure ivi disciplinate, e richiamate nel comma 1 dell'art. 4-bis o.p. attraverso il rinvio operato dal capo VI, sono: l'affidamento in prova ordinario (art. 47 o.p.), la detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-ter o.p.), il regime di semilibertà (art. 48 o.p.).

In questo paragrafo si cercherà, dunque, di enucleare per ciascuna di esse ambito di operatività, obiettivi e modalità di svolgimento; si darà poi conto di

245Corte Cost., sent. 11 dicembre 1995, n. 504, citata in: PAVARINI M., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, cit., p. 6; il testo della pronuncia è rinvenibile su www.giurcost.org.

246FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 106.

quanto normativamente disposto nel caso in cui il soggetto che intende chiedere l'ammissione a taluna di queste misure sia stato condannato per uno o più tra i reati ostativi di 'prima' o 'seconda fascia' dell'art. 4-bis o.p.

L'affidamento in prova ordinario

Con questo primo istituto, disciplinato dall'art. 47 o.p., il legislatore mira a consentire che una parte della pena sia scontata in libertà, fuori del circuito penitenziario, e sotto il controllo dei servizi sociali.

Anche in questo caso è facile notare che tale misura è stata concepita con evidenti finalità special-preventive; si sottrae il condannato a un prolungato contatto col carcere, tristemente noto per i suoi effetti criminogeni²⁴⁷.

Il giudice di sorveglianza, chiamato a esprimersi sull'ammissibilità all'affidamento in prova ordinario, deve valutare negativamente la sussistenza di margini di pericolosità sociale del soggetto e positivamente la possibilità che il beneficio contribuisca alla sua rieducazione²⁴⁸.

Nel caso di provvedimento favorevole è redatto verbale in cui sono dettate le prescrizioni cui si deve attenere il soggetto durante lo svolgimento della misura alternativa; in questo lasso di tempo il servizio sociale incaricato deve sorvegliare la condotta della persona e riferire al magistrato di sorveglianza sul suo comportamento²⁴⁹.

L'esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva e ogni altro effetto penale.

Per quel che riguarda la possibilità che un condannato per taluna delle condotte ostative di cui all'art. 4-bis o.p. possa accedere alla misura in oggetto, deve sottolinearsi la concreta improbabilità che il giudice di sorveglianza possa ritenere utile l'affidamento in prova ordinario, ragion per cui i limiti stabiliti dal legislatore, che subordina la concedibilità del beneficio a un rigoroso regime probatorio, non sono in questo specifico caso particolarmente incisivi²⁵⁰.

Degno di nota è semmai il fatto che, come evidenziato da parte della dottrina, si deve escludere l'eventualità che l'affidamento in prova possa avere in questo caso natura terapeutica²⁵¹; a tale conclusione si perverrebbe interpretando in maniera letterale il rinvio al capo VI stabilito dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p.: al momento dell'emanazione della l. 203/91 così come della novella 356/92 l'affidamento in prova per alcool o tossicodipendenti era

247CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 74.

248D'ONOFRIO M., SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 18.

249D'ONOFRIO M., SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, cit., p. 17.

250Si intende cioè affermare che, dovendo la finalità rieducativa essere ponderata con le esigenze di natura general-preventiva, difficilmente il giudice di sorveglianza potrà valutare positivamente l'ammissione a tale misura per i condannati a taluno dei reati di cui all'art. 4-bis o.p.

251CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 485.

regolamentata dal d.p.r. 309/90, con conseguente abrogazione dell'art. 47-bis o.p., che in precedenza disciplinava la materia.

Ciò è peraltro pienamente comprensibile se si ragiona sulla scarsa propensione delinquenziale di persone affette da alcool o tossicodipendenza a commettere reati ricollegabili alla criminalità organizzata, onde per cui tale esclusione non ha comportato gravi squilibri nel sistema penitenziario²⁵².

La detenzione domiciliare ordinaria

Questa seconda misura alternativa alla detenzione, disciplinata dall'art. 47-ter o.p., consiste nella possibilità che la pena venga espiata (*in toto* o in parte) "nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza".

La legge regola puntualmente le quattro ipotesi in cui l'accesso alla detenzione domiciliare ordinaria è possibile; si tratta in generale di situazioni che presentano un qualche elemento di complessità, che merita di essere preso in considerazione al fine di approntare un'adeguata esecuzione della pena.

Non è questa la sede opportuna per esaminare dettagliatamente tale casistica, dal momento che molto si potrebbe dire con riferimento a ciascuna di queste eventualità²⁵³; più interessante, ai fini della presente disamina, è valutare il rapporto tra le diverse ipotesi in cui è ammissibile la detenzione domiciliare e i limiti stabiliti dall'art. 4-bis o.p.

La prima di queste particolari condizioni è costituita dall'età della persona che richiede l'accesso alla misura: qualora all'inizio o nel corso dell'esecuzione della pena questa abbia compiuto il settantesimo anno di età, è possibile richiedere che la sanzione (anche residuale) venga scontata nella propria abitazione.

Con riferimento all'art. 4-bis o.p., la legge nega che il soggetto condannato per taluno dei reati elencati nella norma possa usufruire di tale beneficio; il legislatore è stato qui molto rigoroso, in quanto non ha subordinato l'accesso al particolare regime probatorio previsto da questa disposizione, ma lo ha vietato *tout court*.

La seconda eventualità è, invece, rappresentata dal fatto che il detenuto versi in una particolare situazione personale, sempreché la pena da espiare non sia superiore, anche residualmente, a quattro anni²⁵⁴.

252 Per completezza vale comunque ricordare che in alcuni, seppur sparuti, casi la giurisprudenza ha riconosciuto l'applicabilità dei limiti imposti dall'art. 4-bis o.p. anche all'affidamento in prova terapeutico. Su tutti si veda: Cass. Pen., Sez. I, sent. 14 febbraio 1997, *CED Cass.* 207213.

253 Per un approfondimento in tal senso si rimanda, tra i tanti, a: FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 130 ss.

254 Le particolari condizioni in oggetto sono elencate al comma 1 dell'art. 47-ter o.p., lett. dalla a) alla e), a cui si rimanda.

Per quel che riguarda i rapporti con l'art. 4-bis o.p., il legislatore non ha inteso prevedere un divieto assoluto di accesso alla detenzione domiciliare; in mancanza di ulteriori indicazioni vige il regime di acquisizione della prova in esso disciplinato (collaborazione giudiziale per i reati di 'prima' e 'seconda fascia').

La terza eventualità sussiste qualora, indipendentemente dalle condizioni personali del condannato, la pena da eseguire non superi, anche per residuo, i due anni; in questo caso non devono, però, ricorrere i presupposti per l'affidamento in prova ordinario e deve essere valutata positivamente l'idoneità della detenzione domiciliare a evitare il pericolo di reiterazione del reato.

Parallelamente a quanto stabilito per i detenuti ultrasessantenni, il legislatore ha qui imposto un divieto assoluto per i condannati a taluno dei reati elencati dall'art. 4-bis o.p.

La quarta ed ultima delle ipotesi prese in considerazione dall'art. 47-ter o.p. è infine costituita dall'eventualità che la pena da espiare, pur essendo superiore ai quattro anni, possa essere differita secondo quanto disposto dall'art. 146 c.p. (differimento obbligatorio) o dall'art. 147 c.p. (differimento facoltativo).

Il legislatore non ha previsto alcuna disposizione di raccordo con l'art. 4-bis o.p., ragion per cui, in mancanza di una apposita disciplina, vigono anche in questo caso gli ordinari limiti stabiliti dalla norma per i reati di 'prima' e 'seconda fascia'.

Un'ultima doverosa precisazione: in una recente pronuncia la Corte Costituzionale (sent. 22 ottobre 2014, n. 239) ha stabilito l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis o.p. limitatamente alla parte in cui non è espressamente esclusa la detenzione domiciliare speciale, disciplinata dall'art. 47-quinquies o.p., dal novero delle misure alternative assoggettate al regime probatorio di rigore²⁵⁵.

In ogni caso si tratta di un'ipotesi di detenzione domiciliare che, riguardando le condannate madri di figli di età non superiore a dieci anni, non è particolarmente rilevante in termini di contrasto alla criminalità organizzata.

La semilibertà

Si tratta dell'ultima delle misure alternative strettamente intese; disciplinato dall'art. 48 o.p., il regime di semilibertà si caratterizza però per essere anche modalità di esecuzione della pena, in quanto, a differenza dell'affidamento in

²⁵⁵Per un approfondimento si veda: APRILE E., *Per la Consulta la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-quinquies ord. penit. non può essere aprioristicamente negata alla condannata per gravi motivi*, in 'Cass. pen.', 2015, f. 1, pp. 141-142.

prova e della detenzione domiciliare, il soggetto ristretto permane in istituto penitenziario.

Il provvedimento del giudice di sorveglianza infatti non fa cessare lo stato di detenzione, ma lo mitiga ammettendo che una parte della giornata sia trascorsa fuori del carcere, per "partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili all'inserimento sociale"²⁵⁶.

L'art. 50 o.p. subordina poi l'accesso a tale beneficio all'espiazione di un *quantum* di pena minimo e alla sussistenza di circostanze che facciano ritenere plausibile un graduale e positivo reinserimento del soggetto nella società.

Con riferimento ai punti di contatto con l'art. 4-bis o.p. il legislatore non ha introdotto ulteriori previsioni di rigore; vige, dunque, il regime probatorio stabilito per i reati di 'prima' e 'seconda fascia'.

La legge si è, invece, preoccupata di introdurre soglie minime di espiazione della pena più alte rispetto all'ordinario; i condannati a taluno dei reati elencati dall'art. 4-bis o.p. devono scontare almeno due terzi della pena.

6.3.1. Note sulla liberazione anticipata

Un paragrafo a sé merita la trattazione di un ulteriore beneficio penitenziario: la liberazione anticipata.

Disciplinata dall'art. 54 o.p., si tratta di quella particolare misura premiale attraverso cui "al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione è concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata".

Ciò quanto stabilito al comma 1 dello stesso articolo; si tratta di un istituto di notevole importanza, in quanto, attraverso la sua applicazione, il soggetto si vede scomputare una parte di pena rilevante; sussistendone i presupposti di legge, il condannato potrà, dunque, tornare più velocemente in libertà.

Con riferimento alla concedibilità della misura è bene ricordare che: la valutazione del magistrato di sorveglianza avviene *de plano* e deve essere effettuata in rapporto a ogni singolo semestre di pena scontata (c.d. principio della 'semestralizzazione'²⁵⁷).

Concretamente il giudice deve verificare che il condannato abbia intrapreso positivamente il proprio percorso rieducativo; ciò differenzia notevolmente la liberazione anticipata rispetto ad altri istituti a vocazione special-preventiva, in quanto non è qui richiesto un giudizio in merito alla

²⁵⁶CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 82.

²⁵⁷FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 167.

possibilità che la misura abbia positivi risvolti rieducativi, bensì che sia accertata la già avvenuta partecipazione attiva al trattamento esecutivo.

Un ultimo profilo va preso in considerazione prima di addentrarsi ad analizzare i punti di contatto con la disciplina dell'art. 4-bis o.p.: si ci riferisce alla natura della liberazione anticipata.

Al di là della sua collocazione sistematica nella legge 354/75, che la include tra le misure alternative alla detenzione di cui al capo VI, sono in molti ad affermare che sarebbe più corretto classificarla come causa estintiva della pena, proprio in ragione delle particolarità che la caratterizzano in termini di *ratio* e operatività.

Diversi autori interpretano la liberazione anticipata come misura premiale e non come misura di sostegno, ravvisando maggiori punti in comune con i permessi premio piuttosto che con le misure alternative tradizionalmente intese²⁵⁸.

Come vedremo subito appresso, tale controversia è stata particolarmente accesa proprio in coincidenza dell'introduzione dell'art. 4-bis o.p. con l. 203/91.

Nella prima formulazione della norma (cfr. *supra* § 3.2.) il legislatore non introdusse espressamente la liberazione anticipata tra i benefici e le misure alternative la cui concedibilità veniva assoggettata al neointrodotta regime di rigore; allo stesso tempo il dettato normativo non la esclude esplicitamente dal novero degli istituti coinvolti.

Fu questo uno dei punti su cui maggiormente si focalizzò il dibattito accademico, in quanto mancò unanimità di risposte e da diverse sensibilità scaturirono esiti interpretativi divergenti.

La *querelle* venne poi risolta grazie all'intervento dello stesso legislatore, che, accortosi di quanto la 'lacuna' potesse ingenerare dubbi comportanti importanti ricadute in termini di incertezze applicative²⁵⁹, con la l. 356/92 decise di introdurre l'esclusione della liberazione anticipata dai benefici assoggettati al novellato regime di acquisizione probatoria previsto dall'art. 4-bis o.p. (cfr. testo di legge *supra* § 3.)²⁶⁰.

258È il caso di: FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 163.

259MANZIONE D., *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (D. L. 152/91 e L. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in *'Leg. pen.'*, 1992, f. 4, p. 836.

260A onor del vero, la controversia cessò definitivamente con l'intervento di Corte Cost., sent. 11 giugno 1993, n. 306, cit.; in questa illustre pronuncia i giudici costituzionali respinsero l'interpretazione secondo cui l'inciso "esclusa la liberazione anticipata", introdotto con la novella 356/92, fosse da intendersi in senso contrario a quello suggerito dalla dottrina maggioritaria, secondo cui la precisazione era chiara nell'escludere tale istituto da quelli disciplinati dal regime differenziato. La Consulta fu ferma nell'affermare che non ci fosse margine alcuno per interpretare l'inciso nel senso che la liberazione anticipata non potesse essere concessa neppure in caso di collaborazione giudiziale, perché tale lettura sarebbe stata assolutamente incompatibile con la *ratio legis* e con quanto contenuto nei lavori

Apparentemente tale diatriba non ha più ragione di essere riproposta; a parere di chi scrive, invece, può essere un punto di partenza per analizzare le motivazioni che hanno presumibilmente spinto il legislatore a compiere questa scelta.

La liberazione anticipata è istituito dal carattere spiccatamente special-preventivo.

Si tratta di quel beneficio che permette al soggetto condannato di vedersi accordata una consistente riduzione di pena, qualora questi abbia dato prova di voler prendere parte attivamente all'opera di rieducazione; da questo punto vista rappresenta, dunque, l'anello di congiunzione tra la predisposizione del trattamento penitenziario individualizzato e la riacquisizione della libertà come soggetto risocializzato.

L'esclusione della liberazione anticipata dalle misure coinvolte dal regime probatorio di rigore ha costituito uno dei fondamentali argomenti che ha condotto la Consulta a rigettare la questione di legittimità costituzionale della norma nella parte relativa ai reati di 'prima' e 'seconda fascia'²⁶¹.

Secondo il ragionamento seguito dai giudici della Corte Costituzionale, la mantenuta accessibilità a tale beneficio in base al regime ordinario sarebbe l'elemento da cui desumere la volontà di non impedire in termini assoluti la predisposizione di un trattamento penitenziario individualizzato anche per i condannati a taluno dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis o.p., neppure per i detenuti ergastolani.

Il legislatore non ha inteso escludere tali tipologie di condannati dall'accesso alla liberazione anticipata in quanto strumento risocializzativo di supremo valore e vero e proprio diritto del detenuto (Corte Cost., sent. n. 306/93, cfr. *infra* § 9.).

6.4. La liberazione condizionale

Tale beneficio è disciplinato nel codice penale agli artt. 176 e 177 e consiste di fatto nella sospensione dell'esecuzione penale; qualora non sia intervenuta alcuna causa di revoca della misura durante il tempo della pena inflitta, l'esito positivo della liberazione condizionale è causa di estinzione della pena²⁶².

Stabilisce l'art. 176 c.p.: "Il condannato a pena detentiva che, durante il tempo di esecuzione della pena abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, può essere ammesso alla liberazione condizionale (...)".

preparatori alla riforma stessa, finalizzata, almeno in questo caso, a mitigare il rigore caratterizzante la prima formulazione dell'art. 4-bis o.p.

261 Fondamentale a questo proposito è: Corte Cost., sent. n. 356/94, che, data la sua importanza, verrà analizzata in chiusura di capitolo.

262 FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 152.

Ai fini della concessione dell'istituto la legge richiede che siano accertati determinati prerequisiti: il sicuro ravvedimento del condannato, il risarcimento del danno derivante dal reato, l'espiazione di un *quantum* di pena minimo stabilito per legge.

Il giudice, verificato il concorrere di queste circostanze, ha l'obbligo, e non la mera facoltà, di concedere la liberazione condizionale²⁶³.

Con riferimento alle connessioni con la legislazione penitenziaria antimafia, pur non essendo annoverata tale misura nell'elenco dell'art. 4-bis o.p., il legislatore l'ha espressamente ricompresa attraverso il rinvio stabilito dall'art. 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, il cui comma 1 recita attualmente: "I condannati per i delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dagli stessi commi per la concessione dei benefici ivi indicati. Si osservano le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354".

Come si evince dalla lettura della norma, i limiti dell'art. 4-bis o.p. operano in riferimento alla liberazione condizionale esattamente come per gli altri istituti coinvolti.

Il comma 2 dell'art. 2 della citata l. 203/91 stabilisce inoltre apposite soglie minime di pena espianda: i condannati per taluno dei reati di cui al precedente comma 1, devono aver scontato almeno due terzi della pena temporanea.

7. La non prefigurabilità del tentativo come reato ostativo

Esaurita la trattazione dei benefici oggetto di esclusione o restrizione, è giunto ora il momento di dedicare questo e il successivo paragrafo al raccordo tra la disciplina dell'art. 4-bis o.p. con taluni istituti propri del diritto penale sostanziale: il tentativo e il cumulo delle pene.

Con riferimento al primo di questi profili, la dottrina è piuttosto concorde nel negare la sua prefigurabilità rispetto ai limiti stabiliti dall'art. 4-bis o.p.²⁶⁴

Con ciò si intende affermare che i delitti tentati dei reati base elencati da questa norma non possono essere assoggettati ai limiti ivi stabiliti.

A tale esito argomentativo si arriva interpretando con rigore il principio penalistico in base a cui il tentativo di reato, che trova compiuta disciplina nell'art. 56 c.p.²⁶⁵, dà luogo a una autonoma fattispecie incriminatrice²⁶⁶.

263 FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 154.

264 Si vedano, tra gli altri: CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 64; PAVARINI M., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, cit., p. 13.

Corollario di ciò è la mancata operatività dei succitati limiti per reati che non sono espressamente richiamati dal legislatore in taluna delle 'fasce' stabilite dall'art. 4-bis o.p.²⁶⁷, essendo questa una norma eccezionale ed essendo, dunque, l'elenco delle condotte ostative non suscettibile di interpretazione estensiva.

Ne discende allora che tali condannati per tentativo saranno assoggettati all'ordinario, e più favorevole, trattamento penitenziario.

Tuttavia, è opinione comune che sia nelle facoltà del giudice di sorveglianza "chiedere informazioni al comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica al fine di verificare la sussistenza o meno di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata"²⁶⁸.

Questo potere troverebbe fondamento normativo negli artt. 666, comma 5, e 678, comma 1, del c.p.p.²⁶⁹, dalla cui lettura in combinato disposto si deduce che è nelle prerogative del giudice dell'esecuzione chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e i fascicoli informativi che si reputino necessari nel corso del relativo procedimento.

Diretta conseguenza è che, qualora siano per questa via accertati i suddetti collegamenti, il giudice potrà negare la concessione del beneficio richiesto; secondo la giurisprudenza ciò sarà, però, concretamente possibile solo tenendo conto degli altri elementi apportati nel giudizio²⁷⁰.

8. Il cumulo delle pene e la continuazione di reati

L'altro istituto di cui si è scelto di dare conto è quello del cumulo delle pene in ragione dell'applicazione della continuazione di reati²⁷¹, il cui raccordo con l'art. 4-bis o.p. non è sempre stato di facile definizione.

La situazione che concretamente si poneva all'attenzione della magistratura di sorveglianza era la seguente: soggetto condannato a taluno dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis o.p., che si trovi congiuntamente a eseguire una sanzione detentiva in ragione di un titolo di reato diverso e non ricompreso tra quelli per cui vigono le preclusioni penitenziarie, ma legato al primo per riconosciuto vincolo di continuità.

265Stabilisce l'art. 56 c.p. al comma 1: " Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica".

266CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 64; PAVARINI M., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, cit., p. 13.

267Cass. Pen., Sez. I, sent. 23 agosto 1993, in 'Cass. pen.', 1995, p. 174.

268PAVARINI M., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, cit., p. 13.

269CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 64.

270Cass., Sez. I, sent. 13 ottobre 1992, CED 192825.

271L'istituto penalistico del reato continuato trova collocazione normativa nell'art. 81, comma 2, del codice penale. Non essendo possibile in questa sede analizzarne il funzionamento si rimanda per una sua compiuta trattazione a: FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, ed. 2007, p. 655 ss.

Esemplificando ulteriormente, si ci chiedeva come comportarsi di fronte a una pena detentiva che fosse in realtà la somma (*rectius* il cumulo) di sanzioni riguardanti delitti unificati in ragione della accertata continuazione: considerare la pena un *unicum* ovvero spaccettarla in parti giuridicamente autonome.

Il quesito aveva immediate ricadute pratiche, perché, a seconda dell'esito interpretativo dato, il condannato sarebbe stato assoggettato a un solo (deteriore) trattamento penitenziario o a diverse modalità di esecuzione della pena.

Il dubbio dei magistrati di sorveglianza non trovava definizione nemmeno nelle pronunce della Corte di Cassazione, le cui sezioni suggerivano ipotesi interpretative tra loro diametralmente opposte²⁷².

Se la giurisprudenza di legittimità più risalente era protesa a valorizzare il principio in base a cui, una volta effettuato il cumulo, "si instaura un unico rapporto esecutivo e le singole pene (...) perdono ogni autonomia e rilevanza"²⁷³, in altre sentenze la Corte cambiava orientamento, argomentando in favore della tesi opposta in ragione del fatto che il cumulo delle pene costituisce un beneficio per il condannato e che tale deve rimanere per tutta l'esecuzione della pena²⁷⁴.

Conseguenza del primo indirizzo era, evidentemente, l'applicazione del regime di cui all'art. 4-bis o.p. anche con riferimento a quella parte di pena che era in realtà correlata a reato non ostativo; conseguenza del secondo era, invece, che il cumulo dovesse essere sciolto e che l'esecuzione della prima 'unità' di pena fosse attribuita alla condanna a reato preclusivo, mentre la seconda parte fosse assoggettata a trattamento penitenziario ordinario.

Mancando certezza interpretativa e, dunque, applicativa la questione arrivò dinnanzi alla Corte Costituzionale, alla quale fu chiesto di pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 4-bis o.p., comma 1, primo periodo, e, per questa via, di dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto tra le sezioni della Corte di Cassazione.

In particolare nell'ordinanza di rimessione il giudice *a quo* si domandava se fosse costituzionalmente legittimo il dettato normativo "nella parte in cui dispone che ai detenuti condannati anche per i reati gravi, non collaboratori di giustizia, non possono essere concesse misure alternative (fatta eccezione per la liberazione anticipata), pur avendo già espiato per intero la pena relativa ed essendo invece in espiazione contestuale di pena per reati di minore gravità"²⁷⁵, non contemplati dal medesimo art. 4-bis o.p.

272CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 64.

273Cass. Pen., 23 marzo 1992, in 'Cass. pen.', 1993, p. 1545.

274Cass. Pen., 9 novembre 1992, in 'Cass. pen.', 1994, p. 402.

275Corte Cost., sent. 27 luglio 1994, n. 361, in www.giurcost.org; parametri di costituzionalità erano gli artt. 3, comma 1, e 27, comma 3 della Cost.

Con sent. 27 luglio 1994, n. 361, la Consulta rigettò la questione di legittimità costituzionale e si espresse in direzione diametralmente opposta rispetto alla tesi dell'inscindibilità del cumulo.

Affermava la Corte Costituzionale nella pronuncia in oggetto: "Non si rinvencono dati normativi per sostenere che la nuova disciplina recata dall'art. 4-bis abbia creato una sorta di *status* di detenuto pericoloso che permei di sé l'intero rapporto esecutivo"; conseguenza diretta era la piena adesione a quell'orientamento minoritario che propugnava la necessità dello scioglimento del cumulo e che valorizzava l'autonoma attribuzione di pena espianda ai singoli reati.

Il contrasto in sede di legittimità non fu, però, risolto definitivamente, come provato dalla continua emanazione successive alla sent. n. 361/94 di pronunce assolutamente incoerenti con quanto stabilito dalla Corte Costituzionale²⁷⁶.

La questione sembra comunque aver trovato soluzione da ormai più di un quindicennio, dal momento che la giurisprudenza di legittimità sembra ora allineata nel sostenere unanimemente le argomentazioni della Consulta; le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno infatti stabilito che "nel corso dell'esecuzione della pena il vincolo della continuazione tra reati è scindibile" e che, in caso contrario, ci sarebbe una "inaccettabile disparità di trattamento a seconda dell'eventualità, del tutto casuale, di un rapporto esecutivo unico, conseguente al cumulo, ovvero di distinte esecuzioni"²⁷⁷.

Si può, dunque, affermare che la *ratio* ispiratrice della sentenza della Corte Costituzionale (prima) e di quella delle Sezioni Unite (dopo) sia la medesima: applicare il principio del *favor rei* evitando una ingiusta lesione di quello di uguaglianza formale; ciò al fine di scongiurare che il dover scontare unitamente più sanzioni detentive possa essere motivo di maggiore e immotivata afflittività per il soggetto interessato.

9. In chiusura di sezione: la sent. 8 luglio 1993, n. 306

Nel corso di questa sezione dedicata alla seconda formulazione dell'art. 4-bis o.p. sono state più volte citate importanti sentenze della Corte Costituzionale; attraverso di esse si è chiarito come sia stato parzialmente allineato il relativo dettato normativo ai principi cristallizzati nella Carta fondamentale, troppo spesso compressi in ragione del contesto storico in cui fu introdotta la disciplina analizzata.

Tra le pronunce di maggior rilievo si è appositamente scelto di tralasciarne una per poi analizzarla in chiusura di sezione: si tratta della sent. n. 306/93, che rappresenta anche la prima, in termini cronologici, di una lunga serie.

²⁷⁶CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione dei benefici*, cit., p. 65.

²⁷⁷Cass. Pen, S.U., sent. 30 giugno 1999, n. 2529, in '*Giust. pen.*', 1999, p. 164.

La volontà di trattarne in questa sede si motiva col fatto che tale sentenza, pur costituendo il primo momento in cui la Corte ha evidenziato i diversi profili critici dell'art. 4-bis o.p., può essere definita anche come la pronuncia che, paradossalmente, ha maggiormente argomentato in favore della legittimità costituzionale della norma stessa.

In qualche modo, a parere di chi scrive, è la sentenza che 'chiude il cerchio' rispetto ai profili di incostituzionalità che sono stati adombrati fino ad adesso.

Può essere molto utile analizzarne il contenuto ora che la disciplina normativa è stata ampiamente spiegata anche in relazione ad altre disposizioni coinvolte; il ragionamento svolto dai giudici costituzionali apparirà più chiaro.

Questo è inoltre il punto di partenza da cui partire nell'ottica di una nuova formulazione della disciplina: muovendo dalla constatazione che l'art. 4-bis o.p. è stato reputato in generale legittimo dal custode supremo della Costituzione e dalla considerazione che in tale pronuncia sono comunque ben argomentati tutti i limiti di questa imperfetta disposizione, la lettura e la spiegazione dei contenuti della sentenza ben si raccordano con quanto verrà esposto nella terza sezione del capitolo: gli orizzonti di riforma di una norma, forse necessaria, ma certamente imperfetta e riformabile.

Entrando allora nel merito, si tratta di una decisione complessa, in cui i giudici costituzionali cercano di contemperare esigenze di natura opposta²⁷⁸: da una parte quelle di prevenzione generale, particolarmente delicate con riferimento a reati che suscitano grave allarme sociale, dall'altra quelle di prevenzione speciale, che non dovrebbero essere mai svilite nel quadro di un ordinamento laico e improntato a valorizzare il principio rieducativo in fase trattamentale.

La pronuncia della Corte originava dalle ordinanze di rimessione di diversi Tribunali e riuniva in un unico giudizio più questioni di legittimità costituzionale.

Pur interessando le ordinanze dei giudici *a quibus* profili specifici dell'art. 4-bis o.p., si può in generale affermare che il più importante parametro di costituzionalità era costituito dall'art. 27, comma 3, Cost.

Piuttosto evidentemente, i dubbi dei giudici rimettenti si focalizzavano sulla mancata valorizzazione del precetto rieducativo, che sembrava essere stato annientato in favore di superiori esigenze di prevenzione generale.

²⁷⁸La sentenza esaminata è, dunque, un esempio piuttosto evidente di quello che era l'approccio prevalente in tema di funzione della pena; la sanzione, si diceva, poteva essere protesa a valorizzare le istanze di difesa sociale ovvero a favorire il percorso risocializzativo. La scelta dipendeva dal legislatore, che nell'ottica della 'polifunzionalità della pena' poteva decidere di far prevalere l'una o l'altra esigenza. Per un approfondimento sul tema si rimanda direttamente a: Corte Cost., sent. 26 giugno 1990, n. 313, in www.giurcost.org. Per un contributo della dottrina si veda: PAVARINI M., *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in 'Riv. it. dir. proc. pen.', 1976, f. 1, p. 262 ss.

In effetti il piano dell'esecuzione penale sembrava essere divenuto, limitatamente a particolari tipologie delittuose, l'ambito in cui si perfezionava l'afflittività della pena, piuttosto che il momento in cui si individualizzava il percorso rieducativo²⁷⁹.

Stabilire legislativamente un elenco tassativo di reati a cui ricondurre un trattamento penitenziario *extra ordinem* deteriore appariva nuocere indelebilmente alla possibilità di un reinserimento sociale del soggetto interessato.

Non solo veniva presunta la pericolosità della persona in base al mero titolo di reato per cui era stata eseguita la condanna, approccio di per sé da rigettare per un ordinamento che fa dell'individualizzazione della pena il suo caposaldo, ma se ne limitava considerevolmente il diritto di difesa, in quanto il regime probatorio a cui era subordinata la concessione dei benefici penitenziari era in palese contraddizione con l'impianto del rito accusatorio e sembrava, quindi, violare il diritto di difesa sancito dall'art. 24, comma 2, Cost.²⁸⁰

Non è difficile argomentare che l'istituto della collaborazione di giustizia, così come concepito dal legislatore con riferimento all'art. 4-bis o.p., finiva di fatto col coartare il detenuto o internato al compimento di una scelta rispetto alla quale l'alternativa era rappresentata dall'impossibilità di accesso ai benefici.

La libertà morale, tanto salvaguardata dal codice di procedura penale²⁸¹, veniva così annichilita, ovvero svuotata nella sua accezione di opzione della propria linea difensiva.

Ultimo profilo, particolarmente rilevante in questo caso, era rappresentato dai dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento all'art. 25, comma 2, Cost.

Ad avviso dei giudici rimettenti il comma 2 dell'art. 15 del d.l. 306/92 destava perplessità nella parte in cui stabiliva la revoca delle misure alternative alla detenzione, che fossero già state concesse anche in mancanza del sopravvenuto requisito della collaborazione di giustizia, come disciplinata dal nuovo art. 58-ter o.p.

In modo abbastanza evidente, i giudici *a quibus* sostenevano l'illegittimità costituzionale di questa disposizione, che appariva in contrasto col principio di irretroattività della legge penale sostanziale²⁸².

279Argomentava sul punto il Tribunale di sorveglianza di Firenze nella relativa ordinanza di remissione: "La pena cambia natura e finalità, diventando puramente afflittiva"; così riportato in: Corte Cost., sent. 11 giugno 1993, n. 306, cit.

280Osservava lo stesso Tribunale di sorveglianza di Firenze: "La normativa in esame, condizionando un vero e proprio diritto del soggetto (...) alla c.d. collaborazione, vincola il soggetto stesso ad una linea difensiva, negandogli la libertà di scelta garantitagli costituzionalmente.

281Art. 188 c.p.p., rubricato "Libertà morale della persona nell'assunzione della prova".

282Tale censura partiva dalla considerazione che l'art. 25, comma 2, Cost., garantisce il principio di irretroattività della legge penale "rispetto alla previsione legale non solo della fattispecie di reato, ma anche della pena." Tratto da: Corte Cost., sent. n. 306/93.

Significativamente la dottrina ha utilizzato l'espressione "soluzione di comodo"²⁸³ riferendosi all'atteggiamento con cui la Corte Costituzionale ha argomentato in favore della legittimità della disciplina attraverso una sua prima lettura costituzionalmente orientata.

Con tale dizione si sottolinea l'evidente mancanza di coraggio della Consulta, che con la pronuncia in esame intendeva mediare tra una norma, l'art. 4-bis o.p., latrice di evidenti profili di incostituzionalità, e le ragioni di politica criminale ad essa sottese, che non si volevano trascurare in ragione del momento storico in cui la sentenza si inseriva.

Nel motivare la propria decisione la Corte fece leva su un argomento in particolare: l'originario rigore dell'art. 4-bis o.p., che trovava la sua scaturigine in un contesto storico di grave allarme sociale, era stato temperato dal legislatore, che col d.l. 306/92 aveva scelto di agevolare l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative attraverso l'incentivazione della collaborazione di giustizia.

Con la legge di conversione finale (l. 7 agosto 1992, n. 356) si era, poi, mitigato ulteriormente il dettato dell'art. 4-bis o.p. attraverso la previsione di ammettere ai suddetti benefici anche coloro la cui "collaborazione risulti oggettivamente irrilevante, purché siano acquisiti elementi tali ad escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata"²⁸⁴.

Pur ammettendo qualche riserva sulla tecnica legislativa utilizzata, ovvero la tipizzazione per titoli di reato²⁸⁵, la Corte argomentava a favore della legittimità costituzionale dell'art. 4-bis o.p. rispetto agli artt. 27, comma 3, e 24, comma 2, Cost.

Rispetto al primo parametro i giudici costituzionali ravvisavano un rispetto del principio rieducativo grazie alla mancata previsione della liberazione anticipata nell'elenco delle misure alternative per cui erano sanciti i limiti dell'art. 4-bis o.p. (cfr. *supra* § 6.3.1.).

Questo elemento sarebbe bastato per far ritenere infondate le perplessità dei giudici rimettenti, in quanto il legislatore non aveva escluso quella fetta di

283Questa eloquente espressione, che verrà argomentata nel prosieguo, è tratta da: ACCONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, f. 4, p. 867.

284Giova ricordare che il comma 2 dell'art. 4-bis o.p. si applica solo ai reati di 'seconda fascia', ovvero a quelle fattispecie delittuose della 'prima fascia' alle quali sia stata applicata una delle circostanze attenuanti dell'art. 62, n. 6, c.p. (anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna), dell'art. 114 c.p., ovvero la disposizione dell'art. 116, comma 2, c.p.

285Corte Cost, sent. 11 giugno 1993, n. 306, cit.: "La tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena...mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di 'tipi d'autore', per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita".

popolazione carceraria dalla fruizione di un istituto di forte pregnanza special-preventiva, come appunto quello della liberazione anticipata²⁸⁶.

Rispetto al secondo parametro, invece, la Corte respingeva la censura di incostituzionalità adducendo che “il diritto di difesa opera nei limiti della norma sostanziale che disciplina il diritto fatto valere, sicché se essa vi appone limiti o condizioni è giocoforza che sia solo in quest’ambito che le ragioni difensive abbiano modo di esplicarsi”²⁸⁷.

L’unico profilo di incostituzionalità effettivamente dichiarato dalla Corte Costituzionale atteneva, invece, all’art. 25, comma 2, Cost.

Riconobbero i giudici della Consulta l’illegittimità dell’art. 15, comma 2, del d.l. 306/92, nella parte relativa alla revoca delle misure alternative, qualora tale provvedimento fosse stato disposto a sfavore di soggetti a cui la misura era stata applicata precedentemente all’entrata in vigore della norma stessa e, quindi, in mancanza di collaborazione giudiziale ex art. 58-ter o.p. (sul tema della revoca, cfr. *supra* § 5.).

Questo, dunque, il contenuto della sentenza e le argomentazioni svolte.

Compiuta l’analisi di tale fondamentale pronuncia, che rappresenta la sentenza pilota che orienterà la Corte anche in momenti successivi, si può allora comprendere da cosa sia derivata la scelta di collocarne la trattazione in questa sede: in essa i giudici costituzionali hanno evidenziato sì i limiti strutturali della norma, ma anche i suoi elementi di pregio.

Da questo dato, che potrebbe anche non essere condiviso e apparire contraddittorio, è necessario partire per valutare la possibilità di una modifica della disciplina, rendendola maggiormente aderente a taluni valori e principi costituzionali che, se non palesemente violati, sono stati quantomeno disattesi o compressi.

In quest’ottica si muovono infatti i principali tentativi di riformulazione della norma, che saranno analizzati nella sezione successiva.

Sezione III

L’art. 4-bis o.p. oggi: prospettive di riforma

SOMMARIO: 1. Nuove modifiche all’art. 4-bis o.p. Cenni alle novità legislative del terzo millennio - 1.1. Il testo aggiornato dell’art. 4-bis o.p. - 2. Dati statistici - 3. Orizzonti di modifica - 3.1. La Commissione mista per lo studio dei problemi della Magistratura di Sorveglianza - 3.2. La

²⁸⁶Tale argomentazione è ricordata in: FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 187.

²⁸⁷Corte Cost., sent. 11 giugno 1993, n. 306, cit.

Commissione Palazzo - 3.2.1. La proposta di legge n. 3091/2015: possibile un'imminente modifica dell'art. 4-bis o.p.? - 3.2.1. (segue) Considerazioni sulla proposta di legge n. 3091/2015 - 4. Note conclusive

1. Nuove modifiche all'art. 4-bis o.p. Cenni alle novità legislative del terzo millennio²⁸⁸

L'art. 4-bis o.p. ha conosciuto, anche dopo il 2000, numerosi rimaneggiamenti.

In particolare, le modifiche legislative non hanno inciso sull'articolazione in 'fasce' e sul relativo regime di acquisizione della prova, ma sono intervenute a degradare diversamente le fattispecie di reato all'interno di ciascun raggruppamento²⁸⁹ nonché ad estendere il novero dei delitti cui ricondurre i limiti alla concedibilità dei benefici penitenziari.

Il legislatore non ha, dunque, mutato impostazione e ha, al contrario, mantenuto la struttura dell'art. 4-bis o.p., seconda formulazione.

L'atteggiamento con cui ha novellato la norma è coerente con le politiche criminali messe in campo a partire dal terzo millennio, che si sostanziano nella volontà di potenziare la sanzione detentiva e, più in generale, di valorizzare le esigenze di natura repressiva.

Si scorreranno brevemente tali interventi legislativi, per giungere, infine, a leggere la norma nella sua stesura attuale.

Con la l. 23 dicembre 2002, n. 279, sono state definitivamente stabilizzate le disposizioni simbolo della 'decretazione d'emergenza': gli artt. 4-bis e 41 bis o.p. (quest'ultimo oggetto del prossimo capitolo).

Per questa via ha trovato cristallizzazione l'idea che possa essere sancita legislativamente una presunzione di pericolosità sociale per taluni 'tipi d'autore', idea che sembrava essere stata abbandonata con lo slancio riformatore della legge Gozzini, e che, invece, ha trovato qui nuova linfa²⁹⁰.

Positivamente, va riconosciuto alla legge di aver metabolizzato l'indirizzo della Corte Costituzionale a proposito della collaborazione impossibile²⁹¹ e di

288Il fondamentale riferimento bibliografico per questo paragrafo è: FIORIO C., *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in BARGI A. (a cura di), cit., p. 1149 ss.

289Si noti, a titolo di esempio, il rinnovato ricollocamento dei delitti di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico nel novero dei reati di 'prima fascia'.

290Di "rapido invecchiamento" della l. 663/86 parlava già Franco Della Casa, il quale sottolineava la necessità di comprendere con "revisione critica" i motivi che avevano spinto il legislatore della decretazione antimafia a considerare obsoleta "una riforma che, se non altro per il modo, non certo improvvisato, con cui era stata concepita, poteva ritenersi adeguatamente protetta contro il rischio di risultare, poco tempo dopo, anacronistica". Così l'autore in: DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 76.

291Corte Cost., sent. 19 luglio 1994, n. 357, cit.

quella inesigibile²⁹², le cui ipotesi sono state inserite nel dettato normativo dell'art. 4-bis.

Siffatta impostazione soggettivistica ha poi condotto alle novità della l. 24 luglio 2008, n. 125, con la quale è stato ampliato il numero di reati cui subordinare un regime probatorio differente e deteriore.

Con questo nuovo intervento il legislatore ha suggellato l'esistenza di un 'doppio binario' nella predisposizione del percorso trattamentale in sede esecutiva²⁹³.

Si può ormai affermare che i delitti considerati in taluna delle 'fasce' dell'art. 4-bis o.p. non rappresentino più un'eccezione e che il loro numero sia davvero considerevole.

Se la norma in esame nasceva per contrastare sul piano penitenziario la recrudescenza del fenomeno mafioso, divenuto a inizio anni '90 di natura emergenziale, tale argomentazione non può essere utilizzata per difendere la scelta di estendere i limiti dell'art. 4-bis o.p. a fattispecie di reato assolutamente non caratterizzate da legami con la criminalità organizzata o da più generali vincoli associativi.

L'esempio più lampante è caratterizzato dalla presenza nell'art. 4-bis o.p. di delitti riconducibili alla lesione della sfera sessuale (c.d. reati dei *sex offenders*), che, piuttosto evidentemente, nulla hanno a che vedere con l'originaria *ratio* normativa, tanto che per essi il legislatore ha introdotto regole di acquisizione probatoria parzialmente diverse; risulta allora incomprensibile la scelta di inserire tali tipologie delittuose in taluna delle 'fasce' dell'art. 4-bis o.p.

Un ulteriore cambiamento si è poi registrato con la l. 23 aprile 2009, n. 38, che rappresenta l'ultima importante legge intervenuta a modificare il dettato di cui all'art. 4-bis o.p.

Con questo nuovo articolato normativo il legislatore ne razionalizza il testo²⁹⁴ e procede ad ampliare ancora le ipotesi ostative alla concessione dei benefici.

Si ricordano, infine, per ragioni di completezza, la l. 15 luglio 2009, n. 94, la l. 23 luglio 2009, n. 99, la l. 1 ottobre 2012, n. 172, la l. 23 febbraio 2015, n. 19 e la l. 17 aprile 2015, n. 43; le modifiche apportate da queste leggi sono comunque marginali e non meritano ulteriori note.

292Corte Cost., sent. 22 febbraio 1995, n. 68, cit.

293PETRINI D., *L. 23.12.2002, n. 279 - Modifica degli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. Il regime di "carcere duro" diventa definitivo, in materia di trattamento penitenziario*, in *'Leg. pen.'*, 2003, f. 2, p. 236.

294FIORIO C., *"Logiche" dell'emergenza e "razionalità" normativa*, cit., p. 664.

L'art. 4-bis o.p. si presenta oggi, a seguito di tutte queste interpolazioni, con un testo assai più lungo rispetto a quello promulgato con il d.l. 306/92 (a sua volta intervenuto a modificare la formulazione originaria della norma).

Dal momento che molte delle fattispecie ora ivi considerate non attengono alla sfera della criminalità organizzata, oggetto ultimo di questa analisi, si è scelto di riproporre il testo dell'art. 4-bis o.p. limitatamente alle parti considerate utili ai fini della presente trattazione²⁹⁵ (ovvero, essenzialmente, i primi tre commi epurati delle fattispecie di reato non rilevanti).

Sarà questo il punto di partenza per focalizzare l'attenzione sugli orizzonti di riforma che si sono proposti nell'ultimo quinquennio.

1.1. Il testo aggiornato dell'art. 4-bis o.p.

Ecco, dunque, il testo della norma, ultima formulazione: “1. L'assegnazione al **lavoro all'esterno**, i **permessi premio** e le **misure alternative** alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati **collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter** della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 416-bis e 416-ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo di legge ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste (...). Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-nonies e 17-bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 82, e successive modificazioni.

1-bis. I **benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti**, purché siano stati acquisiti **elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata**, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque **impossibile un'utile collaborazione con la giustizia**, nonché nei casi in cui, anche se la **collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante**, nei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle **circostanze attenuanti** previste dall'art. 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'art. 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma del codice penale.

²⁹⁵Va precisato che le disposizioni ora ricomprese tra i commi 2 e 3-bis non verranno riproposte, in quanto il loro contenuto, pur essendo strettamente correlato con l'oggetto del presente elaborato, è stato già esaminato in altra sede.

1-ter. I benefici di cui al terzo comma possono essere concessi, purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui (...) all'articolo 416, primo e terzo comma, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice (...).”

2. Dati statistici

Prima di addentrarsi ad analizzare la possibilità di una revisione dei contenuti dell'art. 4-bis o.p. si è ritenuto fosse opportuno fotografare la situazione nelle carceri italiane utilizzando alcuni dati statistici; attraverso essi sarà possibile farsi un'idea dell'impatto che una norma come quella in oggetto ha concretamente sul funzionamento dei circuiti penitenziari.

Purtroppo i dati a disposizione risultano frammentati; ciononostante è possibile immaginare che le cifre siano rimaste abbastanza costanti nel tempo.

Secondo una valutazione statistica compiuta dal C.S.M. nel 2012, in data 15 ottobre dello stesso anno erano 6.554 i detenuti condannati definitivamente per taluno dei reati di cui al comma 1 dell'art. 4-bis o.p. (reati di 'prima fascia'), ovvero il 17, 085 % del totale della popolazione carceraria con posizione giuridica definitiva²⁹⁶.

Una prima considerazione risulta evidente: dato il numero così consistente di detenuti assoggettati a trattamento differenziato deteriore, non è possibile continuare ad affermare che esso costituisca un'eccezione rispetto al regime ordinario di esecuzione della pena.

Nei fatti con la seconda formulazione dell'art. 4-bis o.p. si è scelto di introdurre un sistema di esecuzione penitenziaria alternativo e il cui ambito di operatività sembra in costante crescita.

Anche svolgendo constatazioni meramente numeriche è, dunque, parso opportuno aprire un dibattito sulla necessità di una revisione della presente disciplina nell'ottica di favorire l'accesso ai benefici penitenziari e, in particolare, alle misure alternative, indispensabili nell'orientare il trattamento penitenziario alla funzione che gli è propria, ovvero quella rieducativa.

²⁹⁶Dati rinvenibili sul sito www.csm.it ed evinti dal Quaderno del C.S.M. n. 160 del 2013, documento liberamente scaricabile alla pagina indicata; titolo della relazione principale: *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*. In chiusura si trova un'appendice dal titolo: *Effetti sul sovraffollamento carcerario derivante da alcune delle modifiche proposte*, in cui è possibile leggere i suindicati dati a p. 117.

3. Orizzonti di modifica

Negli anni, soprattutto nell'ultimo decennio, diversi sono stati i tentativi di riformare tale norma, che rappresenta la disposizione-chiave del sistema delle preclusioni penitenziarie.

Se sono state trasfuse nel dettato dell'articolo alcune indicazioni della Corte Costituzionale, non si può comunque affermare che la norma sia coerente con l'assetto di valori imposto dalla Carta fondamentale.

Nonostante le interpolazioni legislative e gli interventi della Consulta, è opinione diffusa in dottrina come in giurisprudenza che l'art. 4-bis o.p. contrasti con alcuni principi fondamentali di un ordinamento democratico.

Senza dover ripercorrere le argomentazioni sin qui fornite in tal senso²⁹⁷, basti ricordare che i limiti ivi previsti si fondano su una presunzione, nel caso del comma 1 pressoché assoluta, di pericolosità sociale.

Per via legislativa sono stabilite condotte e tipologie di rei cui rapportarsi con maggiore sospetto, contravvenendo a uno dei cardini del trattamento esecutivo, ovvero la sua individualizzazione.

La situazione risulta ancor più insostenibile se si tiene conto dell'evoluzione della stessa giurisprudenza costituzionale, che ha recentemente definito inaccettabile la presenza di rigidi automatismi per accedere ai benefici penitenziari e che ritiene sia sempre necessaria una valutazione individualizzata caso per caso²⁹⁸.

Per questa ragione le commissioni di riforma che si sono susseguite hanno proposto modifiche che, pur diversamente articolate, propugnavano una riscrittura costituzionalmente orientata della disposizione.

Nel fare ciò si è cercato di riscrivere il regime probatorio cui assoggettare la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative, caratterizzato ora da una rigidità immotivata anche rispetto alle esigenze di prevenzione generale.

3.1. La Commissione mista per lo studio dei problemi della Magistratura di Sorveglianza

Con questo nome altisonante veniva nominata dal C.S.M. una commissione di studi deputata a elaborare un'organica proposta di riforma della l. 354/75; con delibera istitutiva datata 26 luglio 2012 è stato dato incarico a un

297Riassume bene i punti dolenti della disciplina Biancamaria Spricigo: "a) l'ostatività quale automatismo discriminatorio e la connessa premialità come 'ricatto', ossia quale sollecito cogente alla delazione, e b) l'inaccettabile equivalenza tra riflessione critica sul reato e collaborazione processuale, col rischio di 'pretese' autoaccusatorie". Così l'autrice in: SPRICIGO B., *La 'riflessione critica sul reato' e l'automatismo dell'art. 4-bis o.p.*, in *'Criminalia'*, 2013, pp. 624-625.

298Si muovono in questa prospettiva le sentenze di Corte Cost. nn. 436/99, 257/06 e 79/07. Così ricordato nel documento del C.S.M. *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., p. 13.

gruppo di magistrati²⁹⁹ di ridisegnare l'ordinamento penitenziario coerentemente con una lettura attenta ai valori costituzionali e con le esigenze concretamente poste all'attenzione quotidiana dei giudici dell'esecuzione.

Centrale nella ridefinizione del sistema era sicuramente la revisione dell'art. 4-bis o.p., norma cardine delle preclusioni penitenziarie.

A questo proposito la Commissione formulò una proposta di modifica intesa a ridimensionare l'area di c.d. ostatività; in sostanza, la disposizione rimaneva in vigore secondo il funzionamento che conosciamo e che è stato sin qui esaminato e il cambiamento più evidente riguardava il suo ambito di operatività, che veniva considerevolmente ridotto.

La ragione di ciò veniva chiarita nella relazione illustrativa allegata dalla stessa Commissione: al di là della considerazione che prevedere un regime esecutivo differenziato e deteriore per talune tipologie d'autore sia tecnica legislativa censurabile, è altresì innegabile che limitare il trattamento esecutivo individualizzato si reputa comunque necessario con riferimento ad alcune condotte che suscitano particolare riprovazione sociale³⁰⁰.

La proposta, dunque, non era tesa ad eliminare l'art. 4-bis o.p. dal panorama penitenziario, ma a comprimere l'elenco dei reati tassativamente previsti dalla legge come ostativi alla concedibilità dei benefici e delle misure alternative.

Sarebbero rimaste assoggettate a speciale regime probatorio quelle condotte riconducibili con certezza all'area della criminalità organizzata di tipo mafioso o eversivo, con esclusione di tutte le altre fattispecie di reato che, come già fatto notare in altra sede, non comportano di per sé un necessario collegamento con tale tipo di delinquenza³⁰¹.

Secondo quanto argomentato nella medesima relazione illustrativa la *ratio* sarebbe stata da individuarsi nel tentativo di riportare la disposizione alla sua originaria ragione introduttiva³⁰²: combattere la malavita organizzata, che nel nostro Paese ha radici profonde, limitando i contatti col mondo esterno,

299La composizione della Commissione era la seguente: tre componenti del C.S.M., tre magistrati di nomina ministeriale, sei magistrati di sorveglianza. I lavori, iniziati a luglio 2012, si sono formalmente conclusi il 30 ottobre 2012. Tali dati, evincibili dalla relazione conclusiva, sono stati riportati in: RICCI A., *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario*, cit., p. 19.

300Relazione accompagnatoria agli interventi normativi proposti dalla Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, 2013, www.csm.it, § 1. La relazione, allegata al documento principale *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in Quaderno n. 160 del 2013, riporta le considerazioni a supporto delle modifiche propugnate ed è, dunque, indispensabile per comprendere le ragioni giustificative di ciascun intervento.

301Diretta conseguenza era l'abolizione della 'terza fascia' (secondo la classificazione adottata dalla Commissione 'seconda fascia'), in quanto appariva "illogica la previsione di una presunzione relativa a possibili collegamenti con la criminalità organizzata quando tale elemento non sia stato oggetto di contestazione e conseguente accertamento in sede di cognizione". Così in: *Relazione accompagnatoria*, cit., § 2.

302Relazione accompagnatoria, cit., § 1.

qualora vi sia fondato motivo di credere che i detenuti mantengano collegamenti con l'associazione di appartenenza.

La proposta della Commissione istituita dal C.S.M. si poneva, a ben vedere, in continuità con l'opera legislativa sino ad allora svolta; non era ravvisabile nei lavori di questo gruppo di studi una reale volontà di invertire l'ordine di marcia e di adeguare il dettato normativo ai valori costituzionali.

Ridurre, seppure considerevolmente, l'alveo delle condotte assoggettate a particolare acquisizione della prova, non era sufficiente a rendere l'art. 4-bis o.p. conforme alla sensibilità scaturente dalla lettura dei principi cristallizzati nella Carta fondamentale.

Non vi era infatti soluzione di continuità rispetto al nodo cruciale della norma, ovvero la previsione di presunzione di pericolosità sociale assoluta in mancanza di collaborazione giudiziale del condannato.

Degno di nota era, invece, l'intervento ablativo riguardante il comma 3-bis dell'art. 4-bis o.p.; si trattava della disposizione che conferiva ampi poteri di veto alle procure (nazionale o distrettuali) antimafia, che avessero ravvisato fondati elementi per ritenere sussistenti collegamenti con la criminalità organizzata, e ciò indipendentemente dal reato commesso, purché di natura dolosa (cfr. Sez. II § 4.).

La Commissione sottolineava l'inopportunità di tale previsione legislativa nel rinnovato quadro di una differenziazione esecutiva limitata ad alcune ed eccezionali fattispecie di reato.

Nella relazione conclusiva veniva giustamente argomentato: "L'intervento si completa con l'eliminazione del comma 3-bis, la cui genericità appare incoerente con la specifica area applicativa della norma e rappresenta - nella sua formulazione letterale - un vincolo di natura assoluta per il giudice di sorveglianza, il quale non potrebbe discostarsi dalla comunicazione circa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata"³⁰³.

A parziale compensazione di ciò la Commissione aveva allora accordato agli organi requirenti un ruolo preponderante rispetto alla procedura stabilita dai commi 2 e 3, in quanto alla richiesta di fascicolo informativo del c.p.o.s. si doveva obbligatoriamente affiancare quella di un parere al procuratore distrettuale antimafia territorialmente competente in relazione al tribunale che aveva pronunciato sentenza di condanna³⁰⁴.

Come si sarà compreso, pur possedendo tale riscrittura della norma taluni elementi di pregio, non rappresentava in generale una proposta rivoluzionaria, ragion per cui venne scarsamente presa in considerazione nella prospettiva di una modifica dell'art. 4-bis o.p. e fu velocemente accantonata.

³⁰³ *Relazione accompagnatoria*, cit., § 2.

³⁰⁴ *Relazione accompagnatoria*, cit., § 2.

3.2. La Commissione Palazzo

L'ultima commissione ministeriale temporanea investita di riformare il sistema sanzionatorio e, per quel che qui interessa, il sistema di esecuzione penale è stata la Commissione Palazzo, istituita per volere dell'allora Guardasigilli Annamaria Cancellieri con D.M. 10 giugno 2013.

I lavori della Commissione di studio avevano il compito di "elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale" attraverso la "prospettazione dei criteri e delle direttive per la elaborazione di uno o più testi normativi che muovano anche delle conclusioni cui altre commissioni parlamentari o ministeriali sono eventualmente pervenute"³⁰⁵.

Come evidenziato in un editoriale dallo stesso Presidente di Commissione, il Prof. Francesco Palazzo, era encomiabile l'approccio con cui il Ministro della Giustizia aveva compiuto la nomina, in quanto appariva per la prima volta essere stata superata "quella inveterata logica emergenziale, peraltro del tutto plausibile nelle instabili condizioni delle nostre perenni emergenze, di provvedere sui più caldi fronti processuale ovvero esecutivo - penitenziario"³⁰⁶.

Era, dunque, data la possibilità di elaborare un articolato normativo organico, che non fosse il portato di scelte impulsive e dettate dall'immediata necessità di reagire a eventi di forte impatto emozionale.

I lavori della Commissione Palazzo hanno trovato il loro ultimo sbocco nella relazione approvata all'unanimità il 4 ottobre 2013 e trasmessa il successivo 22 ottobre all'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia.

Con riferimento alla proposta di modifica del sistema delle preclusioni penitenziarie, del quale l'art. 4-bis o.p. rappresenta la disposizione centrale, la Commissione presentò un documento interinale in cui prospettava la revisione del sistema probatorio cui subordinare l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative per i soggetti autori dei reati ricompresi nell'elenco tassativo del medesimo art. 4 bis, comma 1, o.p.

La proposta insisteva, dunque, nel riformulare le modalità di acquisizione della prova limitatamente ai delitti di 'prima fascia'.

Riteneva la Commissione, coerentemente con le censure mosse negli anni addietro da dottrina e giurisprudenza, che fosse necessario rimodulare siffatto regime probatorio tenendo conto delle sempre maggiori esigenze di natura special-preventiva.

Ciò si traduceva nella previsione di ampliare le possibilità di accesso ai benefici attraverso la trasformazione dell'attuale presunzione di pericolosità

305Così in D.M. 10 giugno 2013.

306PALAZZO F., *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, 10 febbraio 2014, www.penalecontemporaneo.it.

sociale in assenza di collaborazione giudiziale ex art. 58-ter o.p. da assoluta a relativa³⁰⁷.

La Commissione ravvisava tale necessità partendo dalla considerazione che dalla mancata collaborazione non si poteva dedurre con certezza la contingenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, dunque, la non avvenuta rieducazione del soggetto.

In secondo luogo, veniva rilevato come il regime preclusivo di cui all'art. 4-bis o.p. rendeva di fatto l'ergastolo ostativo, con evidente incompatibilità con la recente giurisprudenza CEDU, che si era espressa affermando il principio in base al quale "a tutti i detenuti, compresi gli ergastolani, dev'essere offerta la possibilità di *rehabilitation* e la prospettiva di un *release*, nel caso in cui un percorso rieducativo si venga a realizzare"³⁰⁸.

In termine di relazione, la Commissione ricordava, infine, che il mancato allineamento con la giurisprudenza di Strasburgo avrebbe comportato tangibili conseguenze in termini di responsabilità e obblighi di risarcimento per il nostro Paese³⁰⁹.

3.2.1. La proposta di legge n. 3091/15: possibile un'imminente modifica dell'art. 4-bis o.p.?

Partendo dalle considerazioni svolte nella suddetta relazione, alcuni parlamentari hanno inteso portare avanti quelle istanze di modifica attraverso la presentazione di un'autonoma proposta di legge, precisamente la n. 3091, depositata alla Camera dei Deputati il 4 maggio 2015³¹⁰, a prima firma dell'On. Enza Bruna Bossio.

Data la brevità delle modifiche propuginate (in articolo unico), si riporta di seguito il testo dell'art. 1 della proposta di legge: "All'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) al comma 1-bis sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici citati»;
- b) dopo il comma 3-bis è aggiunto il seguente:

307PALAZZO F., *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, cit.

308Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 9 luglio 2013, Grande Chambre, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. 66069/09.

309Così nella *Relazione conclusiva*, datata 4 ottobre 2013, riportante "Revisione delle norme che vietano la concessione di benefici nei confronti di detenuti o internati non collaboranti", comparsa il 19 febbraio 2014 su www.penalecontemporaneo.it.

310Il testo e la relativa relazione di accompagnamento sono disponibili sul sito della Camera dei Deputati all'indirizzo www.camera.it.

«3-ter: Le informazioni previste dal presente articolo non devono contenere pareri sulla concessione dei benefici, bensì fornire elementi conoscitivi concreti e specifici fondati su circostanze di fatto espressamente indicate che dimostrino in maniera certa l'attualità di collegamenti dei condannati o internati con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Gli eventuali pareri espressi dagli organi preposti non possono essere utilizzati nella motivazione della decisione». (...)»

La proposta di iniziativa parlamentare, che mantiene la tradizionale 'struttura a fasce' dell'art. 4-bis o.p., può essere scomposta in due unità fondamentali: da una parte si cerca di coniugare l'incentivazione della collaborazione di giustizia con la valorizzazione di altri elementi idonei a fornire la prova del superamento dell'attualità dei vincoli associativi, dall'altra si tenta di rinvigorire le prerogative del giudice dell'esecuzione, la cui discrezionalità è fortemente svilita nella stesura attuale della norma.

Con riferimento al primo punto, la proposta intende trasformare la presunzione di pericolosità da assoluta a relativa, rendendo più agevole la prova della cessazione dei collegamenti con la criminalità organizzata; a questo fine la collaborazione di giustizia diventa solo uno degli strumenti idonei al superamento di tale presunzione, e non più l'unico.

Accanto ad essa si prevede possano sussistere altri elementi, liberamente valutabili dal giudice, in grado di sancire il distacco del soggetto interessato dall'associazione criminale di appartenenza.

Come ben evidenziato dagli stessi firmatari della proposta di legge, tali elementi possono essere: "dissociazione esplicita, prese di posizione pubbliche, adesione a modelli di legalità, interesse per le vittime dei reati, radicamento del nucleo familiare in diverso contesto territoriale (...) ma anche l'impegno profuso per l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato (...)»³¹¹.

Tale considerazione ha come presupposto la possibilità che la mancata collaborazione non sia necessariamente il segno della volontà di mantenere i collegamenti con l'organizzazione malavitosa; il legislatore ha il dovere di tutelare anche quei soggetti che potrebbero essere ostacolati nell'intraprendere il percorso collaborativo da altri fattori.

Significativamente, nell'introdurre il testo di modifica all'art. 4-bis o.p., si presenta una dettagliata casistica volta a sostenere tale argomento: "Si pensi alla valutazione del rischio per l'incolumità propria o, soprattutto, dei familiari, al rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di uno stretto congiunto o di persone legate da vincoli affettivi o di parentela, al ripudio di un concetto utilitaristico di collaborazione che prescindendo da un effettivo ravvedimento interiore, al caso in cui la scelta di non collaborare sia riferita a

311P.D.L. 3091/15; tali argomentazioni sono state a loro volta espunte dalla Relazione conclusiva della Commissione Palazzo.

vicende criminose ormai del tutto concluse e sia dovuta al rifiuto di permutare opportunisticamente vantaggi propri con la privazione della libertà di persone non più legate ad attività criminose”³¹².

La valutazione di questi elementi viene, dunque, rimessa al giudice di sorveglianza, al quale è affidato il dovere di svolgere adeguata motivazione delle ragioni che fanno presupporre la persistenza di attuali vincoli associativi ovvero il loro decadimento.

Per questa via sarebbero contemperate le esigenze di difesa sociale con l'altrettanto importante necessità di garantire il diritto di difesa e l'individualizzazione del trattamento penitenziario e sarebbe espunta dal nostro ordinamento la presunzione assoluta di pericolosità sociale in mancanza di collaborazione giudiziale, che poca attenzione denota rispetto alle peculiarità del caso concreto.

3.2.1. (segue) Considerazioni sulla proposta di legge n. 3091/15

Pur non essendo ancora stato oggetto di dibattito parlamentare, ma solo di discussione in Commissione Giustizia in sede referente, possono comunque essere compiute delle prime valutazioni sulla proposta di legge qui esaminata³¹³.

A parere di chi scrive, le modifiche suesposte potrebbero costituire un punto di equilibrio tra le istanze di prevenzione generale e quelle di prevenzione speciale.

Nonostante si rilevi che l'articolazione a 'fasce' permanga a base dell'impalcatura dell'art. 4-bis o.p., non si può non osservare l'apprezzabile sforzo di considerare le principali censure mosse alla norma dalla recente dottrina.

Tale parziale riscrittura della disposizione comporterebbe importanti conseguenze sul piano dell'acquisizione probatoria, che verrebbe armonizzata con i principi generali del trattamento esecutivo.

La collaborazione di giustizia rimarrebbe uno strumento ineliminabile di contrasto al crimine organizzato, ma non sarebbe l'unico elemento valutabile dal giudice dell'esecuzione ai fini della verifica di cessata pericolosità sociale

312P.D.L. 3091/15; anche in questo caso la proposta di legge riferisce, riportandole alla lettera, le argomentazioni svolte nella Relazione conclusiva della Commissione Palazzo.

313Se si fosse interessati a un approfondimento delle posizioni espresse dai membri della Commissione Giustizia, aventi valore certamente più politico che giuridico, un riassunto online è proposto da Emilio Quinteri su www.emilioquinteri.wordpress.com. In questa sede l'autore mette in evidenza le opinioni favorevoli e contrarie rispetto alla proposta di legge n. 3091/15 e ricorda i diversi emendamenti che i gruppi hanno presentato in vista della redazione di un testo base da presentare per l'approvazione alla Camera dei Deputati.

del soggetto³¹⁴; per questa via la magistratura di sorveglianza si riapproprierebbe della propria discrezionalità giurisdizionale.

Si può allora dire che tale proposta di legge, che ricordiamo radicarsi sui lavori della Commissione Palazzo, verrebbe certamente salutata con favore³¹⁵ e potrebbe rappresentare un momento di contemperamento tra i valori in campo.

4. Note conclusive

Si è quasi giunti al termine di questo secondo capitolo.

Come si sarà notato, la trattazione è stata qui meno discorsiva rispetto alle pagine iniziali del presente elaborato e si è cercato di mantenere un'impostazione strettamente giuridica; ciò nella convinzione che l'art. 4-bis o.p., e in generale il tema delle preclusioni penitenziarie, debba essere analizzato tenendo conto dei principi dell'ordinamento processual-penalistico prima ancora che dei sottesi obiettivi di politica criminale³¹⁶.

Attraverso la riproposizione delle diverse formulazioni della norma si è cercato di rievocare la difficoltà con cui, di volta in volta, il legislatore ha rimaneggiato l'articolo, la cui lettura rimane tuttora non semplice.

314 Asserisce a questo proposito Carlo Fiorio: "è giunto il momento, insomma, che la politica abbandoni l'ipocrisia *bipartisan* che da troppo tempo caratterizza l'approccio al carcere e affronti con serenità l'idea che «doppio binario» e «pena» sono entità diverse e che non può negarsi il diritto alla rieducazione in nome di «verità» che il sistema dovrebbe acquisire senza ricatto". Così in: FIORIO C., *Quarant'anni di ordinamento penitenziario: bilanci e prospettive*, in 'Quest. giust.', 2015, f. 2, www.questionegiustizia.it.

315 Già il Prof. Luciano Eusebi proponeva una modifica dell'art. 4-bis o.p. nella stessa direzione di quella esaminata, suggerendo che al giudice di sorveglianza fosse dato il potere di "valutare (...) se sussistano circostanze che escludono la rilevanza in concreto dell'indisponibilità a collaborare da parte del detenuto quale indizio di non avvenuta rieducazione". Così in: EUSEBI L., *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1221. Un giudizio positivo sulla proposta della Commissione Palazzo viene da Biancamaria Spricigo, che ritiene auspicabile un intervento sull'art. 4-bis o.p. volto a valorizzare la dignità della persona; a suo parere, la collaborazione giudiziale può costituire un indizio, peraltro controvertibile, di rieducazione, ma ciò non deve precludere al non collaborante l'accesso ai benefici penitenziari, dal momento che il nostro ordinamento non prevede l'obbligo di autoaccusarsi. Così in: SPRICIGO B., *La 'riflessione critica sul reato'*, cit., p. 639. Una proposta affine ma diversa proviene ora da Carlo Fiorio, che propugna l'introduzione di una prova positiva di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, quale limite alla concessione dei benefici, e l'abrogazione della collaborazione giudiziale, quale unico elemento rivelatore di volontà rescissoria; FIORIO C., *Quarant'anni di ordinamento penitenziario*, cit., nota 27.

316 Argomenta in tal senso Biancamaria Spricigo: "Le riflessioni qui abbozzate non dimenticano le difficoltà che da tempo le istituzioni si trovarono ad affrontare nel tentativo di arginare un fenomeno complesso e grave come quello della criminalità organizzata di stampo mafioso. Ma perché tale sfida si svolga nel rigoroso rispetto della legalità democratica e del diritto di difesa, è essenziale non rinunciare a problematizzare le opzioni legislative che (...) introducono automatismi ostativi fondati su presunzioni di pericolosità; SPRICIGO B., *La 'riflessione critica sul reato'*, cit., p. 637.

Le pronunce della giurisprudenza di legittimità e, soprattutto, di quella costituzionale sono state necessarie per rendere la lettera della norma maggiormente conforme al dettato della Carta fondamentale.

In conclusione non rimane che riproporre il quesito che pervade il dibattito sulla bontà dell'art. 4-bis o.p., ovvero se e in che modo sia possibile giungere a un bilanciamento tra le diverse istanze avanzate; si ci chiede, quindi, come conciliare le esigenze di prevenzione generale, legate a timori talvolta fondati di allarme sociale, con le altrettanto importanti esigenze di natura special-preventiva, posto che la rieducazione rappresenta lo scopo della pena cristallizzato nella nostra Costituzione e che nell'ottica di valorizzare l'ideale risocializzativo e le garanzie individuali si muovono sia le pronunce della Corte Costituzionale³¹⁷ sia la giurisprudenza della Corte di Strasburgo³¹⁸.

A parere di chi scrive, un punto di equilibrio potrebbe essere proprio raggiunto con l'approvazione della proposta di legge al momento depositata in Parlamento; con essa l'art. 4-bis o.p. non verrebbe abrogato, ma allo stesso tempo il suo dettato sarebbe reso coerente con i principi fondamentali del sistema penitenziario, che rifugge ogni presunzione assoluta di pericolosità sociale.

Non è dato, però, sapere se nel futuro, anche prossimo, si assisterà a un nuovo intervento legislativo o se si deciderà di attendere, come sembra.

Il pericolo evidente è che la perdurante inerzia legislativa possa andare a nocimento delle posizioni soggettive di molti detenuti e internati, al momento sottoposti a un trattamento esecutivo ritenuto dai più discriminatorio e oltremodo afflittivo.

A ciò si aggiunga che, come verrà analizzato nel capitolo seguente, l'art. 4-bis o.p. è norma strettamente connessa ad altre disposizioni particolarmente incisive sul piano delle limitazioni delle libertà personali, primo fra tutti il comma 2 dell'art. 41-bis o.p., attraverso cui si impone un regime detentivo particolarmente restrittivo, noto come 'carcere duro', a sua volta oggetto di forte dibattito.

317Si veda Corte Cost. sent. n. 306/93: "Il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena".

318Si veda ancora: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 9 luglio 2013, Grande Chambre, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

Capitolo 3

LA SOSPENSIONE TEMPORANEA DELLE NORMALI REGOLE DI TRATTAMENTO

Sezione I

**L'introduzione del regime di esecuzione differenziata:
dall'art. 90 o.p. all'art. 41-bis, comma 2, o.p.**

SOMMARIO: 1. Inquadramento - 2. Il quadro normativo previgente. Il regime di esecuzione differenziata stabilito dall'art. 90 o.p. - 2.1. Le novità della 'legge Gozzini'. La sospensione delle normali regole di trattamento in caso di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza interne - 2.2. Il regime di sorveglianza particolare - 3. Gli anni '90 e la stagione delle stragi di mafia: l'introduzione del comma 2 dell'art. 41-bis o.p. - 3.1. Le carceri di massima sicurezza: la riapertura di Pianosa e dell'Asinara - 4. Il testo del comma 2 dell'art. 41-bis o.p. nella sua prima formulazione - 4.1. Le ragioni legittimanti il provvedimento sospensivo - 4.2. Le autorità coinvolte - 4.3. I destinatari del provvedimento - 4.4. La concreta incisività del provvedimento sospensivo - 5. Il regime detentivo speciale nel primo decennio di applicazione. Dati statistici - 6. Panoramica dei principali interventi legislativi. L. 7 gennaio 1998, n. 11 - 6.1. La stabilizzazione del regime di sospensione temporanea delle normali regole di trattamento - 6.2. La riforma del 2009: la supremazia delle istanze securitarie - 6.3. La formulazione odierna

1. Inquadramento

Dopo aver analizzato la collaborazione di giustizia e il sistema delle preclusioni penitenziarie introdotto dall'art. 4-bis o.p., il terzo capitolo del presente elaborato sarà incentrato su un ulteriore istituto-chiave della legislazione penitenziaria antimafia: la sospensione temporanea delle normali regole di trattamento, disciplinata dal secondo comma dell'art. 41-bis o.p.³¹⁹

³¹⁹In molti casi si parla *tout court* di art. 41-bis o.p., dando per scontato il riferimento al regime stabilito al comma 2. Nel presente elaborato si è quasi sempre usata la dizione completa per scongiurare una potenziale confusione con l'istituto di cui al comma 1.

La norma, emanata in un momento molto delicato della storia italiana, ha rappresentato e rappresenta tuttora uno dei simboli più noti in tema di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso e rientra a pieno titolo tra i provvedimenti adottati tramite la c.d. 'decretazione d'emergenza'.

La trattazione di tale disposizione si rivela perciò fondamentale al fine di comprendere in maniera compiuta il funzionamento del c.d. 'doppio binario', dizione ampiamente utilizzata nel capitolo precedente con riferimento al sistema trattamentale multilivello introdotto dal legislatore del biennio 1991-1992 e utilizzabile anche in questo contesto (cfr. Cap. 2, § 1 ss.)

La disciplina della sospensione temporanea delle normali regole di trattamento, pur rappresentando argomento concettualmente autonomo, è infatti perfettamente ascrivibile al quadro delle norme costituenti un sistema di esecuzione penale alternativo a quello comune e imposto a determinate categorie di soggetti in ragione del mero titolo di reato per cui è eseguita la condanna.

Come si vedrà, il regime trattamentale stabilito dal comma 2 dell'art. 41-bis o.p. si incardina sul funzionamento dell'art. 4-bis o.p., posto che solo i condannati (nonché gli imputati, le persone sottoposte a indagini preliminari e gli internati) di 'prima fascia' sono concretamente assoggettabili a tale eccezionale sistema di esecuzione penale.

Specularmente, requisito per il superamento del provvedimento di rigore in oggetto sarà l'aver prestato collaborazione giudiziale ai sensi dell'art. 58-ter o.p., che, come noto, rappresenta l'unica modalità attraverso cui è a oggi possibile dimostrare la volontà di spezzare il sodalizio criminale con l'associazione di riferimento.

Da queste brevi note introduttive risulta allora di immediata comprensione per quale ragione si è rivelato necessario trattare preliminarmente di altri istituti nelle pagine precedenti: il funzionamento del comma 2 dell'art. 41-bis o.p. è strettamente connesso alla disciplina della collaborazione di giustizia e delle preclusioni penitenziarie, pur rappresentando agli occhi dell'opinione pubblica la norma simbolo della lotta condotta dallo Stato alla mafia.

Proprio quest'ultima considerazione sarà, poi, tematica centrale nelle pagine seguenti: il secondo comma dell'art. 41-bis o.p. è da sempre comunemente percepito come disposizione ferrea attraverso cui garantire l'inflizione a taluni soggetti particolarmente pericolosi e responsabili di odiosi delitti un trattamento penitenziario di maggiore afflittività; non è, dunque, un caso che nel gergo giornalistico si parli a tal proposito di 'carcere duro'.

Tale affermazione deve, però, essere necessariamente ridimensionata attraverso la comprensione della *ratio* legislativa sottostante alla possibilità di sospendere le normali regole di trattamento, posto che il fine di infliggere un 'male' ulteriore sarebbe antinomico rispetto allo scopo ultimo dell'esecuzione

penale, ovvero la rieducazione del condannato, secondo quanto enunciato dall'art. 27, comma 3, Cost.

Giova inoltre ricordare fin da subito che un regime particolarmente rigoroso come quello in oggetto pone un quesito in termini di soggezione agli obblighi che il diritto internazionale stabilisce sotto il profilo del rispetto dei diritti umani nel trattamento dei detenuti all'interno dell'istituzione carceraria; il riferimento più immediato corre evidentemente all'art. 3 CEDU, che vieta l'inflizione di "trattamenti disumani e degradanti"³²⁰, ma molteplici saranno i parametri di legittimità che verranno presi in considerazione.

Secondo alcuni autori il regime stabilito dall'art. 41-bis, comma 2, o.p. sarebbe per diversi aspetti lesivo della dignità personale e, in molti casi, integrerebbe addirittura un'ipotesi di tortura legittimata dallo Stato, per molto tempo avallata dalla stessa giurisprudenza.

Detto altrimenti, si tratta allora di capire se e in che termini gli obiettivi di politica criminale siano stati perseguiti legittimamente dal legislatore, ovvero senza che ciò abbia comportato la reviviscenza di finalità meramente retributive, già ampiamente censurate a proposito dei limiti alla concessione dei benefici penitenziari previsti dall'art. 4-bis o.p.

Sarà, dunque, fondamentale comprendere se sia possibile una lettura costituzionalmente orientata di tale normativa e se sussistano preminenti ragioni di difesa sociale in grado di motivare la sua legittima permanenza nell'ordinamento penitenziario³²¹; a questo fine dovranno essere tenuti in debita considerazione anche i succitati vincoli stabiliti dalle convenzioni internazionali, sempre più rilevanti nel contesto giuridico contemporaneo.

Passando, poi, alla concreta articolazione del capitolo, si è scelto pure in questo caso di suddividere la trattazione dell'istituto in autonome sezioni.

Rispetto alla formulazione dell'art. 4-bis o.p., più volte modificata nella sostanza dal legislatore, il percorso del secondo comma dell'art. 41-bis o.p. è stato certamente più lineare, pur non essendo stata la norma immune da rilevanti interventi legislativi³²².

320Si riporta qui il testo inglese, particolarmente evocativo: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment".

321PETRINI D., *L. 23.12.2002, n. 279 - Modifica degli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, cit., p. 240. Argomenta molto bene sul punto l'autore: "La ricerca di uno spazio di legittimità del regime differenziato passa, inevitabilmente, attraverso la sua esplicita e chiara funzionalizzazione alle esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica che ne costituiscono il presupposto normativo: tutte le restrizioni del trattamento penitenziario devono essere finalizzate ad impedire contatti tra il detenuto e l'organizzazione criminale esterna"; deve, dunque, essere esclusa "qualsiasi finalità meramente afflittiva o di incentivazione alla collaborazione con la giustizia dietro minaccia di un trattamento severo".

322La norma, più volte oggetto di proroga a cavallo tra i due millenni, è stata stabilizzata con l. 23 dicembre 2002, n. 279, che ha introdotto una serie di importanti modifiche; più di recente il regime 41-bis è stato, poi, riformato con l. 15 luglio 2009, n. 94.

Attorno al nucleo originario della disposizione, rimasto inalterato, sono state inserite le più disparate statuizioni, volte a precisare il contenuto del provvedimento sospensivo e a positivizzare taluni principi di ispirazione giurisprudenziale; la Corte Costituzionale, sul piano del diritto interno, e la Corte europea dei diritti dell'uomo, in ambito internazionale, hanno infatti apportato un contributo significativo, legittimando il regime sospensivo di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p., qualora siano rispettati determinati canoni di volta in volta stabiliti³²³.

Le pronunce della giurisprudenza hanno, dunque, svolto un ruolo dirimente nella riscrittura di taluni contenuti normativi: di qui la complessità che caratterizza la disposizione in esame, ragione giustificativa della struttura tripartita del capitolo, volta a consentire maggiore facilità di lettura.

Nella prima sezione sarà analizzata l'introduzione della norma; come sempre, verrà dato conto del *background* storico e normativo, ancora una volta centrale per comprendere la *ratio* sottostante, posto che tale disciplina affonda le proprie radici in talune disposizioni che fecero la loro apparizione nel nostro ordinamento tra gli anni '70 e '80.

Si analizzerà il raccordo con altre disposizioni dell'ordinamento penitenziario; innanzitutto con gli artt. 4-bis o.p. e 58-ter o.p., ma anche con istituti apparentemente simili con quello dell'art. 41-bis, comma 2, o.p., come ad esempio il regime di sorveglianza particolare, stabilito dall'art. 14-bis o.p., il quale presenta tratti comuni e, al contempo, altri molto dissimili.

Si cercherà di offrire una panoramica generale dell'istituto e, a questo fine, verranno presi in considerazione i suoi profili più rilevanti.

La sezione si concluderà, infine, con la presentazione dei principali interventi di modifica del 2002 e del 2009, che, per motivi diversi, hanno profondamente mutato la fisionomia di tale regime differenziato.

Individuati gli spazi applicativi della norma ed esaurita questa prima panoramica della disciplina, riproposta nella sua formulazione originale a confronto con quella attuale, la seconda sezione sarà allora dedicata a comprendere la sua dettagliata operatività, ovvero il contenuto specifico del provvedimento sospensivo (colloqui, telefonate, ore d'aria, etc.) e gli eventuali profili di garanzia apprestati a favore di coloro che vengono assoggettati a tale regime trattamentale, centrali nella presente disamina, che mira non soltanto a fornire una panoramica contenutistica, ma anche a valutare se tali strumenti di diritto penitenziario siano coerenti con i principi fondamentali di uno Stato di diritto.

A questo proposito si rivelerà di particolare importanza l'analisi della giurisprudenza interna e internazionale, che hanno ampiamente orientato la riscrittura di alcuni tratti operativi della disciplina, come quello inerente il diritto

323PETRINI D., L. 23.12.2002, n. 279 - Modifica degli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, cit., p. 231.

del soggetto ristretto a impugnare il provvedimento sospensivo attraverso reclamo giurisdizionale o il diritto a mantenere intatta la titolarità su un nucleo minimo di situazioni giuridiche soggettive.

La terza sezione sarà, infine, incentrata sulle proposte di modifica, ovvero sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale da cui potrebbero sorgere interessanti spunti per una riforma della disciplina in ottica sempre più garantista, senza che ciò comporti uno svilimento delle esigenze di prevenzione generale.

Ciò sarà possibile partendo da una fotografia della situazione attuale, consentita dalle numerose statistiche in materia fornite dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

Si analizzeranno anche le relazioni che negli ultimi anni sono state elaborate a livello ministeriale e parlamentare, nella convinzione che tali documenti possano costituire il punto di partenza per futuri interventi migliorativi.

2. Il quadro normativo previgente. Il regime di esecuzione differenziata stabilito dall'art. 90 o.p.

Come ricordato poco sopra, il secondo comma dell'art. 41-bis o.p. non è sempre stato parte dell'ordinamento penitenziario ed è stato introdotto in un momento particolarmente delicato della storia repubblicana, ovvero quello delle stragi di mafia di inizio anni '90.

Tale disposizione affondava, però, radici molto lontane nel tempo ed è oggi improprio affermare che sia stato solo il frutto del clima emergenziale in cui versò il nostro Paese a seguito dell'*escalation* di violenza che connotò l'azione di Cosa Nostra.

Sembra allora opportuno ripercorrere le tappe fondamentali che condussero all'emanazione di questa complessa disciplina.

Originariamente, e cioè con l'emanazione della l. 354/75³²⁴, il legislatore aveva previsto una specifica norma a baluardo di possibili situazioni di emergenza nelle carceri: si trattava, come noto, dell'art. 90 o.p., inserito tra le 'Disposizioni transitorie e finali' del *corpus* penitenziario, ovvero a chiusura della legge stessa³²⁵.

Recitava testualmente l'articolo: "Quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza, il Ministro per la Grazia e la Giustizia ha la facoltà

324Si tratta della legge sull'ordinamento penitenziario, come già specificato nel capitolo precedente.

325Per questo motivo la norma era stata definita in dottrina "clausola finale", dizione attraverso cui si intendeva sottolineare la portata della disposizione, attraverso cui si "consentiva all'esecutivo di far prevalere la ragion di stato e rendere in tal modo inoperante l'intero ordinamento penitenziario in ossequio all'ordine ed alla sicurezza della collettività"; così in: MARTINI A., *Art. 19 - Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, in 'Leg. pen.', 1993, f. 1, p. 208. Per un commento analogo: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 116.

di sospendere in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto in contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza".

La previsione, che apparve subito troppo vaga e imprecisa, intendeva far fronte a quelle ipotesi di tumulti e disordini intramurari frequenti negli anni '70, e che sarebbero stati una costante anche nel decennio successivo.

L'idea sottostante era quella che potessero ad esempio essere trasferiti in altre sezioni o altri istituti i detenuti più violenti, i quali rappresentavano un pericolo alla tenuta del sistema carcerario in tema di sicurezza interna.

Vale poi la pena sottolineare che nella maggior parte dei casi tali soggetti non erano criminali comuni, ma si trattava normalmente di affiliati ad associazioni di tipo terroristico o mafioso, che intendevano far valere la propria influenza anche all'interno delle mura del carcere, divenuto in breve tempo il luogo prediletto per il reclutamento di nuova manovalanza criminale³²⁶.

Era allora in nuce la predisposizione di appositi circuiti penitenziari, volti ad accogliere i soggetti considerati maggiormente pericolosi non solo sotto il profilo del procurato allarme sociale, ma anche sotto quello dell'incolumità degli altri detenuti³²⁷.

Il Ministro di Grazia e Giustizia si assumeva la responsabilità politica del provvedimento di sospensione delle normali regole di trattamento, il cui contenuto disciplinava modi e tempi della sospensione medesima e doveva indicare i gravi motivi che avrebbero legittimato la sua applicazione.

Emanata la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, l'art. 90 o.p. divenne immediatamente bersaglio di critiche, in quanto diverse furono le voci che rilevarono quanto tale disposizione rappresentasse un ritorno a un approccio marcatamente general-preventivo dell'istituzione carceraria a scapito delle istanze risocializzative che, almeno formalmente, dovevano rappresentare la *ratio* ispiratrice dell'intera riscrittura del sistema penitenziario³²⁸.

Nella costante tensione tra istanze custodialistiche e trattamentali sembrava fossero qui prevalse le prime, senza che ciò fosse quantomeno riequilibrato attraverso la predisposizione di un sistema di impugnabilità del provvedimento restrittivo³²⁹.

326MARTINI A., *Art. 19 - Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, cit., p. 210.

327ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 4 ss. L'autore ripercorre con molta linearità i passaggi fondamentali che portarono all'istituzione nel 1977 delle prime carceri speciali, che si caratterizzarono per l'applicazione generalizzata del regime di cui all'art. 90 o.p. Non essendo possibile in questa sede esaurire adeguatamente l'argomento, si ritiene opportuno rinviare a quelle pagine per un approfondimento.

328Per una riflessione in tal senso si veda: MARTINI A., *Art. 19 - Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, cit., p. 208.

329DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in PRESUTTI A. (a

2.1. Le novità della 'legge Gozzini'. La sospensione delle normali regole di trattamento in caso di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza interne

Proprio per valorizzare le sempre più ineludibili esigenze di prevenzione speciale nel 1986 faceva ingresso nel panorama penitenziario la prima grande riforma della l. 354/75; si sta parlando, come è ovvio, della c.d. 'legge Gozzini', ovvero la l. 663/86.

In realtà, alcuni formali cambiamenti non comportarono un mutamento nell'impostazione con cui si affrontava il tema della sicurezza all'interno degli istituti di pena.

Tra le novità introdotte, per quel che qui rileva, vi era l'art. 41-bis o.p.³³⁰, formulato (inizialmente) in un unico comma, con il quale veniva abrogato quanto disposto dall'art. 90 o.p.

La norma, apparentemente sovrapponibile nei contenuti a quanto stabilito dalla vecchia disciplina, aveva sì la medesima *ratio*, ma presupposti parzialmente differenti.

Prima di addentrarsi in altri commenti, conviene allora riproporre il testo, tuttora vigente: "In **casi eccezionali di rivolta** o di **altre gravi situazioni di emergenza**, il Ministro della Giustizia ha facoltà di **sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso** l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di **ripristinare l'ordine e la sicurezza** e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto".

Intento del legislatore era ancora una volta quello di arginare eventuali fenomeni violenti all'interno degli istituti di pena a salvaguardia dei funzionari e degli altri detenuti, stabilendo "il preciso diritto-dovere dello Stato di difendere la collettività (...) dai rischi impliciti ad una perdita di controllo dell'istituzione penitenziaria"³³¹.

Migliorata era, però, la definizione dei presupposti che legittimavano il ricorso a provvedimenti sospensivi; veniva lasciata minore discrezionalità all'autorità politica, che aveva maglie interpretative meno larghe: a differenza di quanto era stato possibile nel vigore dell'art. 90 o.p., tale opzione era legata al verificarsi di rivolte e altri gravi emergenze scaturite all'interno dell'istituto o di una sua sezione.

In sostanza, veniva in questo modo inibito al potere esecutivo di intervenire con provvedimenti sospensivi laddove le situazioni di emergenza

cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 133; tale limite è stato messo in evidenza anche da: ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 8, nonché CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 114.

330 Norma introdotta dall'art. 10, l. 10 ottobre 1986, n. 633.

331 MARTINI A., *Art. 19 - Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, cit., p. 210.

non facessero peculiare riferimento a fatti e circostanze intramurarie, non essendo presupposti legittimanti gli accadimenti fuori del carcere.

Degna di nota era pure la rinnovata collocazione sistematica della norma, ora inserita nel Capo IV del Titolo I, dedicato più specificatamente al 'Regime penitenziario', come a suggerire la ricerca di una maggiore armonia con i principi fondamentali dell'ordinamento³³².

Sulla scia dell'abrogato art. 90 o.p. anche con riferimento al regime di cui all'art. 41-bis, comma 1, o.p. il legislatore non ritenne necessario prevedere espressamente la reclamabilità del provvedimento sospensivo.

Ancora una volta si era inteso sottolineare il carattere amministrativo e non giurisdizionale del relativo decreto.

Il regime stabilito con l'art. 41-bis, comma 1, o.p. non ebbe comunque grande successo pratico: la prassi giudiziaria conosce ad oggi un solo caso di applicazione della suddetta disposizione, quando il Ministro di Grazia e Giustizia sospese con decreto del 24 maggio 1989 alcune regole di trattamento presso una sezione della casa circondariale di Palermo Ucciardone fino al 31 luglio dello stesso anno³³³.

2.2. Il regime di sorveglianza particolare

Con la 'legge Gozzini' faceva poi ingresso un nuovo istituto penitenziario, questa volta del tutto peculiare rispetto alle esperienze del passato.

Si trattava del c.d. regime di sorveglianza particolare, disciplinato dai nuovi artt. 14-bis, ter e quater o.p.³³⁴, tuttora vigenti.

La *ratio legis* da cui muoveva l'introduzione di questo articolato era qui molto diversa rispetto a quella appena analizzata in riferimento al comma 1 dell'art. 41-bis o.p., così come differente era la struttura delle norme.

Anche in questo caso l'ubicazione delle disposizioni è sintomatica delle intenzioni con cui ha operato il legislatore: le norme trovano infatti collocazione nel Capo III del Titolo I, rubricato 'Modalità di trattamento', scelta da cui trapela l'idea che il regime ivi disciplinato si caratterizzi per "l'individualizzazione del trattamento basata sulla personalità del soggetto e sulla sua pericolosità"³³⁵; detto altrimenti, appare questo un indizio della cifra non punitiva, bensì cautelare dell'istituto.

Come sempre, prima di compiere ulteriori valutazioni si rende necessario riproporre il testo dell'art. 14-bis o.p., e, in particolare, il suo comma 1, in cui il legislatore definisce presupposti legittimanti e funzionamento del suddetto regime.

332CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 116.

333ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 13 (nota 2).

334Norme introdotte dall'art. 1, l. 10 ottobre 1986, n. 633.

335FASSONE E., BASILE T., TUCCILLO G., *La riforma penitenziaria*, Napoli, Jovene, 1987, p. 103.

Ecco, dunque, la norma: "Possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile anche più volte in misura non superiore ogni volta a tre mesi, i **condannati**, gli **internati** e gli **imputati**:

a) che **con i loro comportamenti compromettono la sicurezza** ovvero **turbano l'ordine** negli istituti;

b) che **con violenza o minaccia impediscono le attività** degli altri detenuti o internati;

c) che **nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione** degli altri detenuti nei loro confronti."

Già a una prima lettura del comma 1 dell'art. 14-bis o.p. appare evidente la differenza con quanto statuito dal comma 1 dell'art. 41-bis o.p.: il legislatore intendeva sottoporre a regime di sorveglianza particolare quei soggetti, che si caratterizzavano per aver espletato condotte direttamente ascrivibili alla loro persona.

In ragione di un determinato comportamento, possibilmente reiterato, al detenuto o all'internato veniva applicato un trattamento esecutivo maggiormente restrittivo.

Il legislatore si è preoccupato di elencare in maniera puntuale quali condotte degne di censura costituissero presupposto del relativo provvedimento emesso dal Ministro della Giustizia, scongiurando per questa via un'interpretazione troppo discrezionale del dettato normativo, criticità già riscontrata a proposito dell'istituto di cui all'art. 41-bis, comma 1, o.p.

Il regime di sorveglianza particolare, che pure non fu esente da critiche, ebbe comunque il pregio di introdurre una serie di importanti cambiamenti nell'approccio al tema della sicurezza intramuraria.

Va infatti rilevato che, sin dal suo ingresso nell'ordinamento penitenziario, il legislatore si era premunito di prevedere una serie di statuizioni accessorie, volte a rendere l'istituto considerato certamente più compatibile con i principi generali dell'esecuzione penale.

Il riferimento corre al contenuto degli artt. 14-ter e 14-quater o.p., riguardanti rispettivamente il procedimento di reclamo giurisdizionale avverso il provvedimento ministeriale di applicazione del regime, e le situazioni giuridiche soggettive incompressibili attraverso il medesimo decreto.

Con la prima disposizione il legislatore stabiliva le modalità attraverso cui era possibile per il soggetto interessato far valere le proprie doglianze, garantendo in questo modo l'effettivo esercizio del diritto di difesa costituzionalmente enunciato all'art. 24, comma 2, Cost.³³⁶; con la seconda veniva, invece, cristallizzato un nucleo fondamentale di diritti della persona, che

336DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 133.

non poteva essere compreso nemmeno in ragione, di pur rilevanti, istanze general-preventive³³⁷.

Il regime di sorveglianza particolare fu, dunque, da subito elevato a paradigma di un possibile bilanciamento tra esigenze diverse, ovvero quelle securitarie e quelle trattamentali, laddove in uno Stato di diritto le prime non dovrebbero mai prevalere nettamente sulle altre.

Tale constatazione diventa ancor più interessante se si considera che il legislatore degli artt. 14-bis, ter e quater o.p. è lo stesso dell'art. 41-bis, comma 1, o.p. e che con riferimento alla disciplina di questo secondo istituto sembrava ancora essere legato a ideologie del passato, volte a valorizzare le sole ragioni di difesa sociale.

Volendo comunque accentuare i tratti in comune, gli artt. 14-bis, comma 1, o.p. e 41-bis, comma 1, o.p. erano, però, apparentati sotto il profilo applicativo dal fatto che, in entrambe le ipotesi, si trattava di discipline che intendevano salvaguardare la sicurezza interna agli istituti di pena, salvo il fatto che nel primo caso il regime di sorveglianza particolare sarebbe stato applicato a singoli soggetti, mentre nel secondo caso il provvedimento sospensivo avrebbe riguardato l'intero penitenziario o una parte di esso.

Ciò che, invece, non fece ingresso con la 'legge Gozzini' fu un regime di detenzione differenziata applicabile a determinate categorie di ristretti in ragione del mero titolo di reato per cui si trovavano in stato di detenzione: a supplire a questa 'lacuna' avrebbe pensato qualche anno dopo il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, introducendo nell'ordinamento penitenziario un comma 2 all'art. 41-bis o.p.

3. Gli anni '90 e la stagione delle stragi di mafia: *ratio* e introduzione del comma 2 dell'art. 41-bis o.p.

La seconda metà degli anni '80, ovvero quella immediatamente successiva all'introduzione dell'art. 41-bis, comma 1, o.p., si ricorda per la recrudescenza del fenomeno mafioso, affiancata parallelamente dalla forte volontà di repressione statale messa in campo da indefessi magistrati specializzati nel contrasto alla criminalità organizzata.

Il 'maxiprocesso' di Palermo era stato istruito nel febbraio del 1986 e si era concluso con la storica sentenza della Corte di Cassazione, datata 30 gennaio

337Si tratta di quelli che taluni autori hanno definito come "diritti di civiltà penitenziaria", ovvero quelle situazioni giuridiche attive che non possono mai essere pregiudicati fino al loro annullamento. Così in: DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 133. Nello stesso senso: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 116. Si rimanda alla lettura diretta dell'art. 14-quater, comma 4, o.p. per l'elenco puntuale delle situazioni giuridiche soggettive che devono essere escluse dalle restrizioni del provvedimento di applicazione del regime di sorveglianza particolare.

1992, che aveva confermato quasi tutte le condanne già emanate con i verdetti di primo e secondo grado³³⁸.

La vendetta della 'Cupola' di Cosa Nostra non tardò ad arrivare e si dimostrò particolarmente feroce; vennero commissionati gli omicidi dei due giudici che in quel periodo erano divenuti il simbolo della lotta alla mafia e che con tenacia avevano scoperto la rete di collegamenti e di responsabilità interne all'associazione criminale: il riferimento corre, come è ovvio, a Giovanni Falcone e Paolo Borsellino.

Ricordare ancora una volta questi tragici avvenimenti non è indifferente ai fini della presente disamina, in quanto fu proprio in questo esatto frangente che il legislatore decise di introdurre un nuovo regime carcerario di rigore, diverso in obiettivi e contenuti rispetto a quello applicabile a norma del comma 1 dell'art. 41-bis o.p.³³⁹

L'insufficienza di tale disposizione derivava dal fatto che il regime ivi stabilito veniva imposto all'intero istituto penitenziario o a parte di esso in ragione del verificarsi di tumulti interni che potessero metterne a repentaglio la governabilità; il provvedimento sospensivo veniva, dunque, emanato solo in presenza di tali comportamenti e rimaneva in vigore per il tempo strettamente necessario a garantire un ritorno alla normalità della vita carceraria.

Allo stesso modo si manifestava nella sua insufficienza anche il regime di sorveglianza particolare ex art. 14-bis o.p., posto che, pur non essendo ipotesi improbabile l'applicazione di tale istituto con riferimento a criminali di stampo mafioso³⁴⁰, sembrava molto più plausibile che questi avrebbero mantenuto all'interno del carcere un comportamento irreprensibile; ciò al fine di essere assoggettati a trattamento esecutivo ordinario, modalità attraverso cui erano facilitati i contatti col mondo esterno, indispensabili nella prospettiva di un sodale mafioso che intendesse portare avanti i propri progetti criminali e custodire una certa autorità nonostante lo stato di detenzione.

Va infatti fin da subito posto in evidenza un dato: la restrizione della libertà personale non impediva di per sé ai boss mafiosi di controllare i propri affari criminali; era infatti possibile impartire direttive servendosi in primo luogo dei familiari e, come la cronaca giudiziaria dimostrò, pure dei difensori³⁴¹.

338Si veda, a questo proposito, il capitolo introduttivo, § 1.5.

339VITELLO S. F., *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in 'Cass. pen.', 1994, f. 12, p. 2862.

340Caso emblematico di applicazione congiunta del regime 41-bis, comma 2, e 14-bis o.p. è quello riguardante Salvatore Riina, come di recente specificato nella 'Relazione sullo stato di attuazione della legge recante modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 in materia di trattamento penitenziario', relativa al triennio 2012-2014.

341Per un contributo significativo focalizzato sulla copiosa giurisprudenza a riguardo si rimanda a: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., il cui capitolo 1 è interamente dedicato alla presentazione di casi pratici attraverso cui sia possibile dedurre come il mantenimento dei

Allo stesso modo, l'assoggettamento a trattamento esecutivo comune non impediva a queste personalità di parlare diverse ore al giorno con altri mafiosi detenuti nel medesimo penitenziario; ciò costituiva terreno fertile per stringere nuovi patti criminali e ampliare, anziché restringere, la propria sfera di influenza.

Il tutto era, poi, condito dalla circostanza in base a cui si rendeva difficile alla polizia giudiziaria e alla magistratura requirente investigare in tal senso, dato che la criminalità mafiosa si sapeva muovere in maniera strisciante anche dentro le mura del carcere: la *perpetuatio delicti* poteva aver luogo grazie alla trasmissione di messaggi criptici di non facile decodificazione, che potevano essere scritti, vocali o gestuali³⁴².

Volendo dare un'interpretazione sociologica di ciò, si potrebbe affermare che, dimostrando di saper gestire i propri affari criminali da una posizione di apparente subordinazione alle istituzioni statuali, i boss mafiosi acquisivano sempre maggior riverenza da parte dell'organizzazione di appartenenza, che non veniva così a perdere i propri punti di riferimento³⁴³.

Come suggerito da autorevole dottrina, alle direttive impartite da un capomafia detenuto doveva essere dato seguito proprio perché provenienti "da *intra*"³⁴⁴, ovvero dall'interno dell'istituto penitenziario, segno di mantenuto prestigio e di caparbia nel non voler cedere spazi di autonomia agli affiliati in libertà.

I recenti agguati mafiosi e l'aggressività dimostrata dai membri di Cosa Nostra avevano, dunque, convinto la classe politica della necessità di intervenire con uno strumento diverso: sulla scia di quanto già stabilito con l'art. 4-bis o.p. doveva essere imposto un regime restrittivo basato sul mero titolo di reato, in quanto la pericolosità sociale degli affiliati alle cosche mafiose era presumibile e indipendente rispetto alla condotta da essi sostenuta all'interno dell'istituto di pena.

collegamenti con la criminalità organizzata in costanza di detenzione fosse la regola e non certo l'eccezione.

342ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 14.

343Nella già richiamata monografia di Angela Della Bella l'autrice fornisce numerosi esempi in tal senso: emblematico è il passaggio, acquisito grazie ad intercettazioni ambientali, in cui Emanuele Sciascia, figura di spicco del clan gelese degli Emmanuello, affermava che chiunque, anche all'interno del carcere, gli dimostrava smisurato rispetto. Può essere utile riportare un momento significativo del colloquio con il fratello: "Anche perché qua uno ha un certo, un certo prestigio (...). Io là dentro lo sai chi sono: il Re. [Vogliono] passeggiare solo con me". Si tratta di un'affermazione che non lascia adito ad interpretazioni e che mette bene in evidenza come la *leadership* di un boss non fosse certo posta in pericolo dallo *status* di detenuto comune. Per un approfondimento e la lettura completa di questo dialogo si rinvia, dunque, a: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 37.

344La dizione, molto evocativa, è ancora una volta tratta da: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 34.

Non doveva essere valutata la sussistenza di tumulti o agitazioni tra carcerati o tra questi e il personale di polizia penitenziaria, in quanto elemento sufficiente sarebbe stato che il soggetto si fosse trovato in condizione di detenzione in base a una particolare condotta extramuraria in grado di destare grave allarme sociale, come erano e sono tuttora le fattispecie di reato legate alla criminalità terroristica e mafiosa³⁴⁵.

Lo scopo che questo nuovo regime detentivo avrebbe dovuto perseguire era, dunque, quello di disattivare "la potenzialità lesiva, interna ed esterna, di detenuti particolarmente pericolosi (...) per mezzo di una vasta gamma di possibili interventi mirati a incapacitare i soggetti in questione"³⁴⁶.

Subito dopo la strage di Capaci, avvenuta il 23 maggio 1992, venne emanato il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, con il quale la classe politica decise di introdurre *ex novo* un comma 2 allo stesso art. 41-bis o.p.

Mentre la dialettica parlamentare per convertire il decreto in legge ordinaria fremeva, un'altra strage fu compiuta, quella di Via D'Amelio, datata 19 luglio 1992.

A seguito di questo ennesimo atto di sfida nei confronti dello Stato, il d.l. 306/92 venne convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356, e fu mantenuta la previsione di cui all'art. 19, comma 1, del relativo decreto, inerente al nuovo regime carcerario di rigore, da quel momento in avanti noto a tutti come 'carcere duro'.

Le istituzioni avevano inteso reagire con virulenza ai gravi attentati mafiosi e non intendevano dimostrarsi deboli dinnanzi alle ritorsioni dei capi di mafia; a questo proposito giova ricordare che l'introduzione del comma 2 dell'art. 41-bis o.p. non costituì l'unico elemento di irrigidimento del sistema penitenziario, in quanto con il d.l. in oggetto, celebre come 'decreto Martelli', l'esecutivo modificò il già introdotto art. 4-bis o.p. adottando la formulazione e il regime probatorio ad oggi vigente (cfr. Cap. 2, Sez. II).

Come già suggerito nelle pagine precedenti, due furono allora i piani di intervento su cui operò il legislatore, ovvero "il delicato ambito dei rapporti con il mondo esterno che residuano per il detenuto" e "le occasioni di socialità interna e le attività tipiche della permanenza in istituto"³⁴⁷.

Nella Sezione II si darà spazio a ciascuno di essi, analizzando dettagliatamente i contenuti del provvedimento sospensivo e le limitazioni che possono essere concretamente imposte dalle autorità competenti.

345CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 118.

346DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 108; nello stesso senso: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., pp. 119-121.

347DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, cit., p. 105.

Nelle intenzioni del legislatore la neointrodotta norma, dati il suo rigore e la sua eccezionalità, avrebbe dovuto avere vigenza temporanea e sarebbe stata, dunque, espunta dall'ordinamento non appena lo scemare dell'emergenza mafiosa lo avesse consentito.

In particolare, con l'art. 29 dello stesso d.l. 306/92 veniva stabilito che il regime detentivo di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p. fosse applicabile per i tre anni successivi a partire dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

In realtà, parimenti a quanto accaduto per l'art. 4-bis o.p., anche la disposizione di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p. è stata oggetto negli anni di numerose proroghe³⁴⁸, fino alla sua definitiva stabilizzazione, avvenuta con l. 23 dicembre 2002, n. 279, recante 'Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario'³⁴⁹.

La scelta del legislatore è derivata dalla constatazione che, pur essendo complessivamente calato il numero di stragi di matrice mafiosa (e sostanzialmente nullo quelle di tipo terroristic), non poteva certo affermarsi venuto meno anche il pericolo mafioso, posto che era stata più volte accertata, anche giudizialmente, la contiguità ancora sussistente tra importanti boss mafiosi detenuti in carcere e l'associazione criminale di riferimento, fenomeno comunque mai del tutto debellabile, come dimostrano anche recenti pronunce della giurisprudenza.

L'art. 41-bis, comma 2, o.p. è, dunque, ora parte integrante dell'ordinamento penitenziario e, pur costituendo formalmente un'alternativa eccezionale al regime di detenzione ordinaria³⁵⁰, rappresenta una realtà numericamente considerevole e particolarmente funzionale in termini di rottura dei collegamenti con la malavita organizzata, i quali, se non recisi, vengono quantomeno fortemente allentati.

I paragrafi seguenti saranno dedicati alla prima fase di applicazione del regime ex art. 41-bis, comma 2, o.p., mentre quelli successivi daranno conto dell'operatività della norma in anni più recenti.

348 Nell'ordine, la disposizione, inizialmente vigente per tre anni, è stata successivamente prorogata fino al 31 dicembre 1999, poi fino al 31 dicembre 2000 e, infine, fino al 31 dicembre 2002.

349 La stessa norma ha stabilizzato anche la disciplina delle preclusioni penitenziarie di cui all'art. 4-bis o.p.

350 La cautela con cui si definisce il regime ex art. 41-bis, comma 2, o.p. di carattere eccezionale è motivata dalla considerazione che, nei fatti, per una certa categoria di detenuti esso rappresenti la normalità, in quanto, vigendo una presunzione legale di pericolosità, per tali soggetti è questo il trattamento esecutivo 'ordinario'. Così in: RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 213; per una posizione in tal senso più indietro nel tempo si rimanda a: DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 116.

3.1. Le carceri di massima sicurezza: la riapertura di Pianosa e dell'Asinara

L'elemento che più di altri rese particolarmente noto il regime penitenziario istituito con l'art. 41-bis, comma 2, o.p. fu probabilmente l'immediata riapertura delle carceri di massima sicurezza di Pianosa e dell'Asinara³⁵¹, che durante gli 'anni di piombo' erano stati luogo di detenzione di soggetti imputati o condannati per eversione e terrorismo.

Nel corso degli anni '90 queste due celebri carceri ospitarono moltissimi boss della malavita mafiosa, primi fra tutti i capi di Cosa Nostra.

L'idea base era quella di isolare tali soggetti in località difficilmente accessibili dall'esterno e dalle quali fosse pressoché impossibile evadere³⁵²: trattandosi di strutture localizzate su piccole isole del Mar Tirreno³⁵³, tali scopi sembravano facilmente perseguibili.

La necessità di confinare i detenuti in maniera così efficace derivava da preminenti esigenze di ordine e sicurezza pubblici: si trattava in generale di soggetti la cui pericolosità sociale era evidente e di persone che avrebbero potuto ancora esercitare un certo ascendente criminale³⁵⁴, eventualmente impartendo l'ordine di nuovi attentati stragisti sull'onda dei clamorosi fatti di sangue che furono commessi nell'estate del 1992.

Il trasferimento di massa dai penitenziari comuni ai due qui citati avvenne nottetempo per scelta governativa, proprio con il fine precipuo di interrompere bruscamente i collegamenti, diretti o indiretti, tra i detenuti e gli altri sodali mafiosi ovvero tra gli stessi soggetti ristretti, che vennero così improvvisamente messi nella condizione di non poter più scambiarsi informazioni³⁵⁵.

Vennero poi raggiunti significativi risultati in termini di collaborazione con la giustizia³⁵⁶, in quanto molti boss furono posti di fronte a un bivio: intraprendere un percorso impervio, come quello della condotta rescissoria, che esponeva al rischio di pesanti ritorsioni i familiari del collaborante, ovvero decidere di astenersi dal compiere dichiarazioni delatorie, con la conseguenza della

351VITELLO S. F., *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis*, cit., p. 2862.

352A questo proposito, è interessante ricordare che il carcere di Pianosa è considerato uno dei più sicuri al mondo, vantando - in tutta la sua storia - un solo caso di evasione riuscita.

353L'isola di Pianosa è situata nell'arcipelago toscano e appartiene alla provincia di Livorno, mentre quella dell'Asinara si trova in acque sarde ed è pertinenza della provincia di Sassari.

354VITELLO S. F., *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis*, cit., p. 2864.

355VITELLO S. F., *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis*, cit., p. 2864. Argomenta l'autore: "Si è voluto così custodire i capi delle associazioni criminali in istituti lontani dalle città e dalle regioni di provenienza, perché questo impedisse i collegamenti con gli ambienti criminali determinando un concreto affievolimento del loro «prestigio criminale», dimostrando così la forza dello Stato non solo per i loro affiliati in libertà, ma anche per coloro che, compartecipi o no del sodalizio criminoso, ne condividono la condizione di detenuti".

356ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 18; lo stesso autore analizzava tale profilo anche in: ARDITA S., *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in 'Cass. pen.', 2003, f. 1, p. 7.

perdurante applicazione del regime detentivo di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p., ritenuto da molti detenuti insopportabile.

Nel capitolo 1 sono stati esposti i dati relativi al numero di persone che decisero di collaborare ex art. 58-ter o.p. nel lustro successivo all'introduzione della disciplina che regolamentava il relativo istituto (Cap. 1, § 3.4.1.); si ricorderà che i numeri ivi riportati erano impressionanti e che rappresentò allora una scelta sistematica quella di collaborare con le autorità preposte.

Risulta forse ora più chiaro quale fosse il movente che spinse molti detenuti a maturare tale decisione: la collaborazione con la giustizia, disciplinata dall'art. 58-ter o.p., rappresentava (e rappresenta tutt'oggi) la *conditio sine qua non* rispetto a cui era possibile accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative stabiliti dall'art. 4-bis o.p. nella sua seconda formulazione e, soprattutto, la condizione che permetteva di tornare a uno stato di detenzione ordinario e non aggravato, come era, invece, quello costituito dall'art. 41-bis, comma 2, o.p.

A voler essere precisi, ancor più che i soggetti già sottoposti al regime di 'carcere duro', scelsero di collaborare con la giustizia soprattutto coloro che, osservando dall'esterno le dinamiche del 41-bis, erano spaventati dalla possibilità di una sua imminente futura applicazione.

La magistratura requirente ottenne velocemente informazioni importanti per lo svolgimento delle indagini antimafia, ma ciò a scapito della valorizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali.

Per quanto determinata dal pesante contesto di riferimento, è questa una pagina poco limpida della nostra storia democratica; isolare completamente i detenuti, anche per un periodo temporaneo, dai propri affetti e impedire loro un qualunque contatto col mondo esterno è certamente lesivo della dignità della persona, alla quale, pur trovandosi in stato di detenzione per reati esecrabili, dovrebbe sempre essere garantito l'esercizio di alcuni diritti inalienabili, come quello alla conservazione dei rapporti con i familiari più prossimi o alla agevole comunicazione con il proprio difensore.

In ragione delle preminenti esigenze di prevenzione generale tali elementari diritti sono stati non solo violati, ma addirittura misconosciuti.

Senza voler con ciò emettere un giudizio tranciante rispetto alle decisioni dell'allora classe politica, la quale dovette far fronte a una situazione di reale emergenza, che sembrava mettere in discussione l'ordine democratico del Paese, è altresì necessario valutare oggettivamente, anche a distanza di tempo, quanto avvenuto ed evidenziare i profili di violazione dei diritti umani conseguenti a tali scelte e testimoniati da chi in quelle carceri ha operato o vi ha soggiornato in qualità di detenuto.

Un'analisi critica di quanto avvenuto potrebbe essere utile a evitare in futuro il ripetersi di talune brutture, le quali devono sempre essere stigmatizzate nel contesto di uno Stato, che si presume essere di diritto³⁵⁷.

A onor del vero, la collocazione di tali soggetti in queste sedi fu comunque un fenomeno temporaneo, in quanto, una volta scemata l'emergenza mafiosa, fu disposto un nuovo trasferimento nei penitenziari di massima sicurezza presenti sul territorio continentale o sulle isole maggiori.

Il che non comportò affatto un allentamento dei controlli operati dalle amministrazioni penitenziarie verso tale categoria di detenuti, i cui diritti venivano egualmente compressi da un regime detentivo particolarmente lesivo rispetto a quello ordinario, ma costituì un primo passo verso la riscrittura di taluni contenuti del provvedimento sospensivo ex art. 41-bis, comma 2, o.p., che furono rivisitati nella prospettiva di garantire a questi soggetti la conservazione dei contatti minimi col mondo esterno e l'esercizio di alcune facoltà.

Peraltro, il mantenimento dell'operatività delle carceri di Pianosa e dell'Asinara è divenuto oggetto di dibattito anche in anni recenti, quando nel 2009 l'allora Guardasigilli Angelino Alfano dichiarò la propria intenzione di far riaprire questi istituti in ragione di una nuova (presunta) emergenza criminale, ma la sua proposta fu avversata dagli stessi compagni di partito e presto accantonata.

Tali istituti di pena sono stati successivamente dismessi e chiusi definitivamente; sono oggi meta di turisti, in quanto sono stati trasformati in veri e propri percorsi museali.

³⁵⁷Per conferire concretezza argomentativa al tema dei maltrattamenti subiti dai detenuti nei penitenziari di Pianosa e dell'Asinara è possibile citare alcuni passaggi contenuti nelle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 1 marzo 2000, *Labita c. Italia*, ric. 26772/95 e 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*, ric. 31143/96, entrambi in *De Jure*. Nel primo caso il signor Labita, detenuto nella sezione Agrippa del carcere di Pianosa, era stato sottoposto a "schiacciamenti, compressione dei testicoli, ferite su dita e ginocchia, lacerazione dei vestiti in seguito a percosse, insulti, rottura degli occhiali e dei denti e successivo divieto di ripararli, corse forzate su corridoi volutamente scivolosi, e altre percosse qualora egli cadeva, perquisizioni corporali durante la doccia, tempi estremamente lunghi per richiedere visite mediche e manette per tutto il tempo di siffatte visite, minacce di ritorsioni qualora avesse fatto parola di quanto subiva, vessazioni, umiliazioni e pessime condizioni nei trasferimenti dal carcere ai tribunali nell'occasione delle udienze". Nel secondo caso al detenuto Indelicato, anch'egli ristretto a Pianosa, non era stato applicato un trattamento di maggior favore, in quanto venne accertato che fu sottoposto a "frequenti percosse tramite bastoni, calci, pugni e manganelli quando usciva dalla cella per l'ora d'aria, frequenti insulti e minacce, soventi risvegli improvvisi durante la notte e obbligo di fare docce fredde, luce costante nella cella nonostante le zanzare, compressione dei testicoli, oggetto di sputi da parte degli agenti, corse forzate su corridoi volutamente scivolosi con gli agenti ai lati pronti a picchiare non appena scivolava, insufficiente nutrizione". Independentemente da ciò la Corte EDU respinse entrambi i ricorsi, dichiarando insussistente la violazione dell'art. 3 CEDU, che impone il divieto di trattamenti disumani e degradanti; a parere dei giudici di Strasburgo i maltrattamenti denunciati dagli istanti, che non furono accertati giudizialmente, si sarebbero comunque dovuti eventualmente ricondurre a casi isolati e non anche a un quadro di complessiva afflittività.

Fino ad ora si è focalizzata l'attenzione sul contesto storico che condusse la classe politica nella sua interezza a sostenere l'esigenza di introdurre un regime detentivo maggiormente restrittivo rispetto a quello ordinario; sono stati altresì evidenziati i motivi che spinsero a considerare altri istituti, già parte del sistema penitenziario, come inadeguati a contrastare la criminalità organizzata sul piano dell'esecuzione penale.

Dato conto del quadro politico e giuridico dell'epoca, è allora giunto il momento di analizzare puntualmente la disposizione di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p., la quale si presenta come norma di apparente linearità.

In realtà, come si vedrà, molti sono i quesiti che fin da subito furono posti all'attenzione della giurisprudenza, così come il dibattito dottrinale mise in luce nell'immediato una serie di rilevanti criticità.

Per facilità di comprensione si è scelto di circoscrivere di volta in volta la trattazione a un singolo elemento normativo; si è certi che tale spaccettamento del testo non andrà a discapito della comprensione unitaria dell'istituto esaminato, di cui, peraltro, sono già stati evidenziati in termini generali spirito e fini.

4. Il testo del comma 2 dell'art. 41-bis o.p. nella sua prima formulazione

Come di consueto, pare opportuno riproporre il testo originariamente introdotto dal legislatore, al fine di rendere più agevole la lettura della *ratio* e dei contenuti della norma.

Sono poste in evidenza le parole-chiave e le disposizioni dirimenti.

Stabiliva il neointrodotto comma 2 dell'art. 41-bis o.p.: "**Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica**, anche a richiesta del Ministro dell'interno, **il Ministro di grazia e giustizia** ha altresì la **facoltà di sospendere, in tutto o in parte**, nei confronti dei detenuti **per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-bis, l'applicazione delle regole di trattamento** e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le **esigenze di ordine e di sicurezza.**"

Il testo della norma sarebbe, poi, stato interessato da importanti integrazioni conseguenti alla necessità di adattare il relativo dettato a talune pressanti esigenze, come quella di cristallizzare la *ratio* del regime sospensivo in esame.

Di questo verrà comunque dato conto successivamente, quando saranno analizzati i principali interventi legislativi di adeguamento del tenore letterale della norma ai moniti della giurisprudenza e della dottrina (cfr. *infra* § 6.).

Di seguito sono allora elencate le statuizioni principali contenute nell'art. 41-bis, comma 2, o.p. e a cui si era limitato il legislatore nell'originaria stesura del testo:

- le ragioni legittimanti la scelta di sospendere le normali regole di trattamento;
- l'autorità che ha la facoltà di disporre il provvedimento sospensivo;
- i reati base in riferimento ai quali è circoscritta la possibilità di emanare tale provvedimento;
- i limiti alla sospendibilità delle regole.

Scomposta la norma nelle sue unità fondamentali, non rimane allora che focalizzare l'attenzione su ciascuno di questi singoli aspetti.

4.1. Le ragioni legittimanti il provvedimento sospensivo

Seguendo l'ordine dettato dal legislatore, la disposizione si apre stabilendo quali siano le circostanze che legittimerebbero l'eventuale emanazione di tale provvedimento di rigore.

Questa facoltà è stata infatti limitata a particolari situazioni emergenziali, posto che la sospensione delle normali regole di trattamento comporta una serie di restrizioni che comprimono in maniera evidente i diritti dei detenuti all'interno del carcere, diritti che ricordiamo essere già fortemente limitati in ragione della peculiare condizione che caratterizza di per sé il regime detentivo.

Per questo motivo un'ulteriore compressione degli spazi e delle libertà personali è ammissibile solo laddove il legislatore provveda a identificare le preminenti esigenze, in questo caso di matrice general-preventiva, che sono alla base di tale previsione.

Una simile affermazione è ancor più vera se si considera che l'art. 41-bis, comma 2, o.p. rientra con certezza nell'alveo delle norme eccezionali e che il regime ivi stabilito dovrebbe costituire l'*extrema ratio* in mancanza di altri strumenti meno restrittivi.

Partendo da tale considerazione generale è allora possibile svolgere alcune osservazioni sul piano concreto; il legislatore del 1992 si è dimostrato poco attento nel limitare in maniera rigorosa i presupposti legittimanti l'emanazione del decreto sospensivo.

Il ricorrere di "gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica" non sembra essere sufficiente a delimitare con esattezza il perimetro applicativo della disciplina, dato che il concetto stesso di gravi motivi rimane generale e astratto, ovvero suscettibile di interpretazioni diverse in base alle sensibilità individuali³⁵⁸.

Tale paventato rischio risulta ancora più concreto se si considera il fatto che, come si vedrà nel paragrafo seguente, l'autorità deputata all'emanazione del provvedimento sospensivo è il Ministro della Giustizia, ovvero un organo

358DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 102; CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 138.

appartenente al potere esecutivo³⁵⁹, e, in quanto tale, per sua natura slegato dalle logiche garantiste di un procedimento giurisdizionale.

Stando comunque al tenore letterale dell'inciso, nei "gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica" sembrano essere ricompresi elementi di riferimento e circostanze esterne al carcere, ma non anche avvenimenti intramurari: l'esigenza di garantire il normale andamento della vita carceraria e di evitare l'insorgere di tumulti è già, peraltro, salvaguardato dal regime sospensivo applicabile ai sensi del precedente comma 1.

Ciò si raccorda perfettamente con lo spirito della disciplina, concepita per far fronte non tanto a una pericolosità del soggetto *nel* carcere, quanto per la necessità di difendere la società dalla possibilità che siano perpetrate nuove condotte penalmente rilevanti *tramite il carcere*³⁶⁰.

Ecco perché sembra corretto parlare del regime 41-bis, comma 2, o.p. come norma eterogenea rispetto agli altri strumenti apprestati dall'ordinamento penitenziario per ragioni di difesa sociale.

4.2. Le autorità coinvolte

Come si è appena avuto modo di accennare, l'autorità preposta a sospendere, ove ne ravvisi la necessità, l'ordinario regime detentivo è costituita dal Ministro della Giustizia, che custodisce per questa via una rilevante competenza di gestione diretta in materia di tutela non solo dell'ordine giuridico, ma anche dell'ordine e della sicurezza interni allo Stato³⁶¹; ne discende che il provvedimento sospensivo debba essere qualificato giuridicamente come atto amministrativo autoritativo dalle finalità preventive³⁶².

La norma prevede altresì l'eventuale potere di iniziativa in capo al Ministro degli Interni.

Si tratta in ambo in casi di importanti esponenti del Governo, a cui è demandata una funzione molto delicata, in quanto il provvedimento di sospensione temporanea delle normali regole di trattamento comporta l'imposizione di un regime detentivo particolarmente deteriore per chi lo subisce; di qui i dubbi già sollevati nel paragrafo precedente in merito all'opportunità di tale previsione legislativa.

359DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 102. L'autore ravvisa un profilo di criticità nel fatto che, trattandosi di un organo politico, di alta amministrazione, il Ministro adotterà un provvedimento discrezionale e, dunque, fortemente opinabile.

360Appaiono significative e intrise di consapevolezza le parole di Giancarlo Caselli, noto magistrato requirente, che affermava come il detenuto mafioso, specie se avente un ruolo apicale all'interno dell'organizzazione, miri a trasformare lo stesso istituto di pena "in una porzione del territorio nel quale esplicare il suo dominio, una *dépendance* della borgata dove spadroneggiava prima della cattura". Il passaggio è tratto da: CASELLI G., *Chi non vuole il 41-bis*, in 'L'Unità', 10 luglio 2008.

361ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 68-69.

362ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 81-82.

La scelta compiuta dal legislatore fa trapelare in maniera nemmeno troppo velata lo spirito del provvedimento, che viene ad assumere eminente carattere politico, tratto quantomeno strano in riferimento a una decisione che incide direttamente e in maniera evidente sugli spazi di libertà della persona nel carcere.

Ciò risulta ancor più palese se si considera il potere di impulso riservato al Ministro degli Interni, il cui coinvolgimento con funzione propositiva nei confronti del Ministro della Giustizia è emblematico di quanto la ragione che debba spingere a emettere il decreto sospensivo sia immediatamente ricollegabile al fattore della sicurezza pubblica³⁶³.

Appare allora molto rilevante quanto affermato dalla Corte Costituzionale, che con la sent. 28 luglio 1993, n. 349 ha tentato di argomentare a favore della legittimità dell'attribuzione di tale potere in capo a un organo di tipo amministrativo.

Dopo aver definito nella medesima pronuncia i confini cui si deve attenere il Ministro della Giustizia nel predisporre la sospensione delle normali regole di trattamento, la Consulta si è infatti premunita di acclarare che la facoltà di cui questi gode sia da considerarsi come un "omaggio al principio di flessibilità"³⁶⁴ cui le regole detentive devono sottostare.

La compatibilità tra la previsione di un così rilevante potere in capo a un membro dell'esecutivo e i principi di giurisdizionalizzazione che investono il nostro ordinamento sarebbe allora riscontrabile nel fatto che il provvedimento sospensivo del Ministro della Giustizia "comporta variazioni delle modalità di esecuzione di un titolo di detenzione già adottato con le previste garanzie costituzionali; senza, dunque, un ulteriore pregiudizio dei diritti di libertà"³⁶⁵.

Inoltre, come sostenuto da autorevole dottrina, una plausibile spiegazione risiederebbe nella constatazione che: "Soltanto i vertici di tali istituzioni sono in grado di operare un vaglio delle emergenze sociali per stabilire se sussistano o meno i gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica: solo un organo monocratico come il Ministro può adottare tempestivamente una risposta a tale emergenza. Queste scelte, peraltro, confermano pienamente la natura di strumento di *extrema ratio* della misura, ultima difesa per lo stato, costretto a sospendere le stesse regole che democraticamente si è dato"³⁶⁶.

Preso atto di tali argomentazioni, sarebbe molto più opportuno, a parere di chi scrive, attribuire tale facoltà in capo a un organo giudiziario: una figura

363DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 113.

364Tratto da: Corte Cost., sent. 24 giugno 1993, n. 349, in www.giurcost.org.

365Con queste parole Nicola De Rienzo parafrasa le argomentazioni dei giudici costituzionali; per un approfondimento si rimanda a: DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 109 ss.

366MARTINI A., *Art. 19 - Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, cit., p. 214.

come quella del magistrato di sorveglianza garantirebbe di certo maggiore imparzialità nella decisione e sarebbe forse più adatta a valutare con serenità la reale sussistenza dei gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, perché sottratta alla necessità di dare conto delle proprie decisioni al corpo elettorale e, per questo, meno soggetta a pressioni esterne.

In ogni caso, anche chi non metteva in discussione il potere del Ministro della Giustizia, considerava necessario stabilire guarentigie volte a meglio salvaguardare il principio di giurisdizionalizzazione del provvedimento in esame, in origine del tutto svilito dalla mancanza di una previsione sulla reclamabilità del decreto ministeriale, lacuna superata grazie al contributo della giurisprudenza costituzionale (*infra*, § 4. 4.).

Con riferimento, poi, al coinvolgimento di altri soggetti, va precisato che un ruolo decisivo è costituito dall'Amministrazione penitenziaria, che, nella fase prodromica all'emanazione del provvedimento, raccoglie informazioni utili a vagliare la necessità dell'applicazione del regime sospensivo³⁶⁷.

Allo stesso modo non secondaria è la funzione dell'autorità giudiziaria requirente, i cui *dossiers* investigativi possono risultare dirimenti per una corretta valutazione della pericolosità sociale della persona esaminata³⁶⁸.

4.3. I destinatari

Il terzo profilo che deve essere analizzato è costituito dalla definizione dell'esatto perimetro applicativo della norma.

Si ci riferisce alla necessità di individuare i delitti-presupposto, che costituiscono il titolo in base al quale il Ministro della Giustizia ha la facoltà di emettere il provvedimento sospensivo nel caso ritenga sussistere i già analizzati "gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica", posto che il regime di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p. si caratterizza per la limitatezza con cui può essere applicato a talune categorie di rei e non ad altre.

L'irrigidimento delle regole di detenzione può essere imposto per decreto ministeriale solo laddove il titolo esecutivo sia collegato a un reato base in grado di suscitare particolare riprovazione e allarme sociale, come certamente erano (e sono) le fattispecie di associazione a delinquere di stampo mafioso.

Talune categorie di soggetti possono, dunque, essere sottoposte a rilevanti restrizioni in considerazione non tanto di una pericolosità sociale comprovata in sede esecutiva, quanto di un titolo di reato che viene assunto quale oggettivo fattore discriminante³⁶⁹.

367ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 70.

368ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 73.

369DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 115.

Si presume infatti che tale accertamento sulla personalità del reo e sulla sua propensione a delinquere sia stato preliminarmente compiuto durante la fase di cognizione; va, peraltro, rammentato che fino a qualche anno fa l'art. 275, comma 3, c.p.p. stabiliva la carcerazione preventiva obbligatoria per gli imputati del delitto di associazione a delinquere di tipo mafioso ex art. 416-bis c.p.³⁷⁰, dato da cui emerge con tutta evidenza la presunzione di pericolosità sociale che innerva tale disciplina.

Ai fini dell'emanazione del provvedimento in oggetto il Ministro della Giustizia, eventualmente su iniziativa del Ministro degli Interni, non potrà ravvisare la sussistenza delle predette ragioni emergenziali con riferimento a qualunque tipologia di detenuto; tale facoltà è stata circoscritta dalla legge a delitti tassativamente indicati e costituenti un *numerus clausus* non suscettibile di interpretazione estensiva.

Il legislatore non ha, però, inteso elencare puntualmente le condotte cui ricollegare l'applicazione del regime 41-bis, ma si è limitato ad una individuazione *per relationem* dei reati-presupposto³⁷¹.

Rappresenta questo l'elemento di novità maggiore rispetto alle disposizioni pregresse: tale eccezionale misura è concepita espressamente per taluni soggetti astrattamente considerati più pericolosi in ragione del titolo di reato per cui è eseguita la condanna.

Il presupposto concettuale su cui poggia la disciplina è esattamente il medesimo che si è avuto modo di analizzare nel capitolo precedente a proposito del regime differenziato stabilito dall'art. 4-bis o.p. (peraltro presupposto per il funzionamento dello stesso comma 2 dell'art. 41-bis o.p.): la possibilità di individuare categorie in cui inserire i diversi autori di reato, tra loro graduate in ragione della pericolosità sociale desunta dalla condotta commessa.

Quanto disposto dal secondo comma dell'art. 41-bis o.p. rappresenta, dunque, il naturale completamento di quel sistema del 'doppio binario', già ampiamente oggetto di analisi: se con l'art. 4-bis o.p. il legislatore si era 'limitato' a imporre un diverso regime trattamentale, inibendo in mancanza di collaborazione giudiziale l'accesso a determinati istituti premiali con svolgimento extramurario, con il secondo comma dell'art. 41-bis o.p. viene addirittura imposto un regime estremamente restrittivo in termini di vita quotidiana all'interno del carcere.

Tornando all'analisi di quanto sancito dalla norma in esame, l'indicazione di quali siano i delitti-presupposto per l'emanazione del provvedimento sospensivo avviene proprio attraverso un rinvio all'art. 4-bis o.p., e, in

370La norma è stata abrogata solo con: Corte Cost., sent. 25 marzo 2013, n. 57, in www.giurcost.org.

371ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 21.

particolare, al suo comma 1 (vedremo che, attualmente, la norma fa specifico riferimento al primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p.).

Sono reati base le condotte ascrivibili alla c.d. 'prima fascia', ovvero, secondo quanto già ampiamente trattato nel capitolo precedente, quei *crimina* assoggettati a trattamento penitenziario differenziato e rispetto a cui sono stabilite le preclusioni penitenziarie, ostacolo alla rieducazione del condannato, stabilite dall'ordinamento in ragione di una presunzione di pericolosità sociale del detenuto, superabile solo in presenza di collaborazione giudiziale ai sensi dell'art. 58-ter o.p.; giova ricordare che, per quel che qui interessa, rientrano nell'alveo del comma 1 i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, i delitti di associazione a delinquere di stampo mafioso e, ora, di scambio elettorale politico-mafioso³⁷².

Attualmente, a seguito di recenti interventi legislativi, il comma 2 dell'art. 41-bis o.p. precisa che il provvedimento sospensivo può essere emanato anche quando la fattispecie criminosa non rientri tra quelle disciplinate dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p., ma sia stato accertato che si tratti di delitto "commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso".

Esempi in questo senso potrebbero essere rappresentati da reati commessi allo scopo di finanziare la malavita organizzata, come sono tipicamente i sequestri di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.).

Come è possibile notare, il legislatore ha focalizzato l'attenzione su condotte di tipo eminentemente associativo, scelta dettata non solamente dalla gravità delle ipotesi delittuose, ma anche e soprattutto dalla particolarità che investe tali fattispecie di reato, caratterizzate dal fatto di rappresentare non casi isolati, quanto episodi criminali legati da una comune matrice delinquenziale, sia essa di tipo terroristico o, più comunemente, mafioso.

Altro elemento particolarmente degno di considerazione per comprendere le scelte del legislatore è costituito dai vincoli di solidarietà che connotano internamente i gruppi della malavita organizzata; tale caratteristica riguarda soprattutto le associazioni a delinquere di stampo mafioso, tradizionalmente più difficili da sgominare proprio in ragione dell'omertà serpeggiante tra i suoi membri e scaturente dal *pactum sceleris*.

372In realtà il catalogo dei delitti di 'prima fascia' è al momento molto più ampio e vi sono ricomprese tipologie di reati afferenti la sfera delle libertà sessuali (c.d. reati dei 'sex offenders'). Di fatto il provvedimento di sospensione delle normali regole di trattamento riguarda solo i condannati a taluna delle ipotesi associative ricomprese, perché destanti grave allarme sociale; è stata, dunque, la prassi applicativa a limitare la portata effettiva della norma.

4.4. La concreta incisività del provvedimento sospensivo

Uno dei temi che merita maggiore attenzione in materia di regime detentivo differenziato è certamente quello inerente alla concreta individuazione delle regole trattamentali che possono essere sospese.

Si tratta cioè di capire la *qualità* e la *quantità* delle situazioni giuridiche soggettive, che il Ministro ha legittimamente facoltà di comprimere.

Il quesito è molto rilevante, posto che la formulazione originaria della norma non forniva alcuna indicazione in tal senso.

Il legislatore si era infatti limitato ad affermare in un inciso che le regole erano sospendibili "in tutto o in parte", con ciò lasciando ampi margini di discrezionalità nelle mani del potere esecutivo in ordine alla loro concreta individuazione³⁷³.

Attenendosi al tenore letterale della disposizione sembrava fosse astrattamente configurabile la sospensione totale delle normali regole del trattamento penitenziario, derogando completamente al sistema di esecuzione penale, il quale, già nella sua versione ordinaria comportava una rilevante compressione degli spazi di libertà individuale in ragione dell'essenza stessa del regime detentivo.

In uno Stato di diritto siffatta conclusione non poteva essere salutata con favore; la dottrina manifestò fin da subito i propri malumori e la giurisprudenza non tardò a stigmatizzare tale 'lacuna' del dettato legislativo, ponendo un immediato freno a interpretazioni così estensive (e distorsive) della norma³⁷⁴.

In diverse occasioni i Tribunali di Sorveglianza sollevarono questione di legittimità costituzionale con riferimento, per quel che qui interessa, all'art. 13, comma 2, Cost., con cui si stabilisce il fondamentale principio di ispirazione democratica di riserva di legge e di giurisdizione in tema di restrizioni della libertà personale; questi argomentavano i propri dubbi in ragione della mancata individuazione nell'art. 41-bis, comma 2, o.p. delle regole che, concretamente, potevano costituire oggetto di limitazione col provvedimento sospensivo³⁷⁵.

La Corte Costituzionale, pur rigettando le questioni di legittimità di volta in volta sollevate, non ha comunque mancato di enunciare importanti principi di diritto, con riferimento, in particolare, ai confini entro cui è consentita la sospensione delle normali regole di trattamento.

373CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 121.

374Paola Corvi ricorda che, in mancanza di indicazioni espresse, era stato ricavato una "sorta di limite relativo" attraverso la circoscrizione della sospendibilità delle regole alle sole prescrizioni "che possono tradursi nel momento della loro applicazione in una reale minaccia per l'ordine e la sicurezza"; l'elaborazione per via interpretativa di tale criterio non era, però, soddisfacente, perché nulla avrebbe impedito al potere esecutivo di esercitare le proprie facoltà in maniera del tutto discrezionale; si rimanda comunque alle parole dell'autrice stessa: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 121.

375Corte Cost., sent. 24 giugno 1993, n. 349, cit., in cui sono riuniti più giudizi di legittimità costituzionale, nonché sent. 18 ottobre 1996, n. 351, in www.giurcost.com.

I giudici si sono sempre espressi per la necessaria configurabilità di un nucleo essenziale di diritti³⁷⁶, che non può mai essere annullato, pena la legittimazione della tortura nel nostro ordinamento, conclusione ovviamente inaccettabile ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost., secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"³⁷⁷, nonché dell'art. 3 CEDU, che impone il divieto di trattamenti disumani o degradanti, diritto cogente in ragione del parametro interposto di cui all'art. 117, comma 1, Cost.³⁷⁸.

Per quanto esecrabili possano talvolta essere i reati compiuti da alcuni soggetti, sussiste infatti una soglia minima di situazioni giuridiche soggettive attive che uno Stato di diritto deve comunque garantire ai propri detenuti, la cui dignità non può essere svilita.

Ci sono insomma degli spazi di espressione della propria individualità che meritano di essere salvaguardati, pur sussistendo pressanti motivi "di ordine e di sicurezza pubblica"³⁷⁹: sono diritti di rango costituzionale, spesso tutelati anche dalle convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia³⁸⁰.

A questo proposito, ricorda la Corte nella sent. n. 349/93, le limitazioni imposte dal regime differenziato non possono mai espandersi fino a interferire col regime trattamentale extramurario: ciò significa che il Ministro della Giustizia potrà - rispettando i suindicati vincoli - intervenire a modificare *in pejus* la detenzione in senso stretto, ma non anche a incidere su un eventuale percorso risocializzativo³⁸¹ (permessi premio, concessione di misure alternative, ecc.), compito eventualmente spettante all'Autorità Giudiziaria in applicazione di previsioni di legge (come quella, già nota, di cui all'art. 4-bis o.p.); tale perimetro costituisce, potremmo dire, il 'limite esterno' dell'art. 41-bis, comma 2, o.p.

376Corte Cost., sent. 24 giugno 1993, n. 349, cit., che rievoca in questo passaggio la propria giurisprudenza e, in particolare, la sent. n. 114/79.

377Corte Cost., sent. 24 giugno 1993, n. 49, cit. e 14 ottobre 1996, n. 351, in *www.giurcost.org*.

378 Copiosa è la giurisprudenza EDU a questo proposito: nonostante i numerosi ricorsi per asserita violazione dell'art. 3 CEDU, la Corte ha costantemente negato che il regime 41-bis complessivamente inteso possa essere censurato come tortura di Stato. A parere di questo giudice l'afflittività imposta dal trattamento differenziato trova ragione nella gravità dei delitti compiuti dagli autori e non pare possa affermarsi che le restrizioni stabilite con il provvedimento sospensivo contengano un grado di vessatorietà tale da costituire tortura; così in: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. 267772/95, cit.; 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*, ric. 31143/96, cit..

379Argomenta la Corte nella medesima sentenza: "Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale".

380Pur non essendo stato richiamato nelle relative ordinanze di rimessione quale parametro di legittimità costituzionale, sembra opportuno, a parere di chi scrive, rievocare quanto stabilito dall'art. 2 Cost.: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."

381Corte Cost., sent. 24 giugno 1993, n. 349, cit.

Nella pronuncia n. 351/96 il Giudice delle Leggi ha, poi, definito il 'limite interno' all'esercizio del potere ministeriale: "Non possono (...) disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento"³⁸².

In caso contrario, conviene aggiungere, farebbero ingresso nell'ordinamento penitenziario misure volte semplicemente a rendere più afflittiva, e per questo discriminatoria, la fase di esecuzione penale.

Proprio a tutela della *ratio* normativa la Corte Costituzionale riconobbe fin da subito la necessità di garantire l'impugnabilità del decreto ministeriale di applicazione del regime di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p.

In mancanza di un'apposita previsione legislativa, i giudici interpretarono in maniera analogica il dettato di cui all'art. 14-ter o.p. e dichiararono estendibile alla circostanza di specie lo strumento del reclamo ivi disciplinato³⁸³.

Rigettando le argomentazioni dell'Avvocatura dello Stato, che prospettava nel giudice amministrativo l'organo dinnanzi a cui svolgere le proprie doglianze, la Corte stabilì nella sent. n. 349/93 che fosse competente il giudice ordinario, e in particolare il Tribunale di Sorveglianza, motivando la propria decisione in ragione della qualificazione data alle situazioni giuridiche comprese, veri e propri diritti soggettivi, non certo degradabili a meri interessi legittimi³⁸⁴.

Di qui il monito lanciato dalla Consulta al legislatore, invitato nella sostanza ad adeguare il testo dell'art. 41-bis, comma 2, o.p. a dare voce a tali principi ed enunciazioni.

La legge giungerà a codificare queste indicazioni solo con la l. 11/98, che, introducendo per la prima volta il comma 2-bis, costituirà la prima statuizione in tema di reclamo giurisdizionale.

Bisognerà, invece, attendere la riforma del 2002, con l'introduzione del comma 2-quater, per l'elencazione delle regole del trattamento penitenziario legittimamente sospensibili con il provvedimento del Ministro della Giustizia.

Tali aspetti saranno comunque oggetto di dettagliata disamina nella Sez. II, ove si considereranno singolarmente le limitazioni e le prescrizioni che possono essere stabilite.

5. Il regime detentivo speciale nel primo decennio di applicazione. Dati statistici

A termine di questa prima parte dedicata alla formulazione originaria dell'art. 41-bis, comma 2, o.p. sembra opportuno fornire alcuni dati in ordine all'applicazione concreta di questo istituto.

382Corte Cost., sent. 14 ottobre 1996, n. 351, cit.

383CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., pp. 122-123.

384Corte Cost., sent. 24 giugno 1993, n. 349, cit.

Nella tabella a pagina seguente sono presentati i numeri relativi al decennio 1992-2002, anno in cui il regime detentivo speciale fu definitivamente stabilizzato.

La fonte è costituita dal Ministero della Giustizia, Direzione del D.A.P., che aggiorna tali cifre ogni anno, consentendo di valutare l'andamento storico dell'applicazione del regime di sospensione delle normali regole di trattamento.

Anno	Totale DM emessi	DM di prima applicazione	DM di riapplicazione	DM di rinnovo	DM annullati dal Trib. di sorveglianza	Collaboratori di giustizia	Totale detenuti in 41-bis a fine anno
1992	1075	1075	0	0	0	12	1041
1993	543	147	6	390	55	28	481
1994	856	74	22	760	62	14	445
1995	892	124	16	752	22	20	485
1996	914	56	13	845	24	22	476
1997	857	76	11	770	31	4	422
1998	827	108	15	704	8	6	461
1999	1516	163	23	1330	12	7	582
2000	1179	62	12	1105	25	3	564
2001	1185	142	20	1023	29	7	645
2002	1434	102	27	1305	53	9	659

Non desta sorpresa il numero di provvedimenti emessi nei primi anni di vigore della norma; tale constatazione deve essere inquadrata tenendo conto dello sgomento suscitato dall'azione dimostrativa di Cosa Nostra, culminata con gli episodi stragisti degli anni '90.

Come si può notare, in termini assoluti il 1992 è l'anno che conta il maggior numero di provvedimenti emessi; il decreto Martelli aveva infatti come scopo precipuo quello di stroncare nell'immediato i contatti tra i detenuti e l'ambiente di provenienza.

L'improvvisa durezza che contraddistingueva il suddetto regime carcerario portò ben presto i difensori dei soggetti ristretti a richiedere maggiore distensione da parte dello Stato, la cui ferma reazione alla recrudescenza del fenomeno mafioso non era stata a questi gradita.

Già a partire dall'anno successivo i numeri cominciarono a scemare; nel 1993 le cifre relative alle persone detenute in regime di 41-bis, comma 2, o.p. furono dimezzate e tale *trend* si sarebbe sostanzialmente consolidato anche successivamente, in quanto, nonostante la moltitudine di decreti sospensivi emessi, numerosi furono i provvedimenti annullati dal Tribunale di sorveglianza e si contarono in diverse unità coloro che decisero di intraprendere un percorso

di collaborazione giudiziale, condotta legislativamente assurta a prova della rottura dei rapporti con la criminalità organizzata.

Una lettura attenta dei dati deve, poi, considerare che, negli anni, la stragrande maggioranza dei provvedimenti sospensivi è stata costituita da decreti di rinnovo; con ciò si vuol affermare che molto spesso non sono stati assoggettati a regime carcerario di rigore nuovi detenuti, ma che, in riferimento alle stesse persone, si sono costantemente ravvisate le esigenze di ordine e sicurezza che hanno impedito di sottoporre tali individui al regime di detenzione comune.

6. Panoramica dei principali interventi legislativi. L. 7 gennaio 1998, n. 11

Si è fin qui analizzato l'art. 41-bis, comma 2, o.p., destrutturato nelle sue unità fondamentali.

Una volta compresi i relativi meccanismi di base anche alla luce dei contributi della giurisprudenza costituzionale, i paragrafi seguenti in chiusura di sezione saranno dedicati a una veloce panoramica degli interventi legislativi, che - direttamente o indirettamente - hanno inciso sul relativo dettato normativo.

Il 7 gennaio 1998 venne emanata la legge n. 11, rubricata 'Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario'.

Con essa il legislatore si era preoccupato di dare maggiore effettività alla *ratio* ispiratrice del regime detentivo speciale.

Attraverso puntuali modifiche al codice di procedura penale veniva stabilito per la prima volta un sistema di partecipazione a distanza ai processi di mafia; l'evoluzione tecnologica aveva infatti consentito che i detenuti in regime di 41-bis, comma 2, o.p. potessero assistere alla celebrazione dei processi in cui erano coinvolti senza presenziare direttamente nelle aule di tribunale³⁸⁵.

Ciò avrebbe comportato sicuri vantaggi in termini di interruzione delle comunicazioni tra i detenuti e tra questi e il mondo esterno.

Come è facilmente intuibile, i continui spostamenti tra le sedi dei penitenziari e quelle dei tribunali costituivano occasione di contatto di cui si servivano i *boss* per impartire direttive e perpetrare condotte penalmente rilevanti.

Bastava talvolta un semplice sguardo o una gestualità rituale, difficilmente decifrabili dalle autorità giudiziarie, per far giungere messaggi di valenza mafiosa.

³⁸⁵Per un contributo focalizzato sulla neointrodotta disciplina delle udienze in teleconferenza si rimanda a: BARGIS M., *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *'Dir. pen. proc.'*, 1998, f. 1, p. 159.

Constatate tali condotte con una certa reiterazione, il legislatore decise allora di limitare tali possibilità introducendo la succitata disciplina, che garantiva comunque l'esercizio del diritto di difesa attraverso l'attivazione di un "collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo della custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto"³⁸⁶.

Pur non incidendo direttamente sul testo dell'art. 41-bis, comma 2, o.p. tale disciplina è particolarmente rilevante in termini di implementazione delle finalità del regime differenziato, ragion per cui si è ritenuto opportuno darne conto.

La stessa l. 11/98 inseriva, poi, proprio all'art. 41-bis o.p. un comma 2-bis (successivamente abrogato), inerente alle modalità con cui era possibile impugnare il provvedimento sospensivo.

Come già accennato la formulazione originaria della norma attribuiva la facoltà di emettere il provvedimento sospensivo a un soggetto, il già citato Ministro della Giustizia, senza però bilanciare tale previsione con l'introduzione di un qualche contraltare in sede giurisdizionale.

Non solo la magistratura di sorveglianza veniva esautorata di qualunque funzione in fase di assunzione della decisione, ma a essa veniva pure negato un controllo *ex post* sulla legittimità del provvedimento stesso, con evidente lesione del principio di impugnabilità degli atti incidenti sulla libertà personale.

Non era sufficiente a colmare questo *vulnus* l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, che aveva argomentato in favore dell'applicabilità delle norme sul reclamo stabilite dall'art. 14-ter o.p. in materia di sorveglianza particolare³⁸⁷;

Particolarmente rilevante fu allora la l. 11/98, con cui il legislatore prese atto della posizione dei giudici costituzionali, che, peraltro, aveva già trovato larga applicazione presso i tribunali di sorveglianza nazionali.

Il nuovo comma 2-bis, introdotto dall'art. 4 della presente legge stabiliva che: "Sui reclami avverso i provvedimenti del Ministro di grazia e giustizia emessi a norma del comma 2 è competente a decidere il tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto cui il condannato, l'internato o l'imputato è assegnato (...)".

386Art. 2, comma 3, l. 7 gennaio 1998, n. 11.

387Corte Cost., sent. n. 410/93; lo stesso principio era, peraltro, stato affermato in sede di legittimità dalla Corte di Cassazione, in quanto a parere dei giudici, si tratterebbe di uno strumento di garanzia non di carattere eccezionale, perché ispirato a un "principio generale di tutela dei diritti di libertà"; così in Cass. pen., Sez. I, 24 gennaio 1996, n. 18. Per un approfondimento si rimanda a: RUOTOLO M., *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in 'Studium Iuris', 2003, f. 4, pag. 419 (nota 4).

Non erano, però, indicate le modalità concrete di svolgimento del giudizio di gravame.

6.1. La stabilizzazione del regime di sospensione temporanea delle normali regole di trattamento

Non fu questo l'unico intervento sul dettato dell'art. 41-bis o.p.

Come intuito dalle pagine precedenti, la norma fu bersaglio di aspre critiche per le modalità con cui veniva applicato nei primi anni di vigenza.

Non veniva tanto messa in discussione l'opportunità di un regime detentivo differenziato, quanto la sua concreta operatività.

Tra i profili maggiormente oggetto di discussione si ricordano:

- la genericità con cui la legge indicava i presupposti per l'emanazione del decreto sospensivo; da più voci si faceva notare che l'indeterminatezza della dizione "gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica" era lesiva del principio di inviolabilità della libertà personale, espresso dalla riserva di legge di cui all'art. 13, comma 2, Cost. Era evidente che tale vaga espressione desse adito a scelte estremamente discrezionali e opinabili, dato ulteriormente aggravato dalla considerazione che il provvedimento di applicazione del regime restrittivo veniva siglato dal Ministro della Giustizia, non certo organo terzo e imparziale;

- la mancata previsione di una disciplina sulla proroga del provvedimento sospensivo; il legislatore, probabilmente a causa della natura emergenziale dell'istituto, non aveva statuito modi e termini per l'emanazione di una proroga del regime stesso. Venivano così lasciati spazi di discrezionalità molto ampi, che permettevano agli organi amministrativi di disporre come meglio credevano;

- la continua proroga dell'istituto; da più parti si considerava ipocrita l'eccezionalità con cui si ci rapportava con il regime di sospensione delle normali regole di trattamento, formalmente strumento di lotta alla criminalità organizzata di vigenza temporanea, ma concretamente applicato dal 1992 senza soluzione di continuità.

In risposta a queste e altre critiche il legislatore decise di intervenire con l'inizio del nuovo millennio, introducendo rilevanti modifiche al testo dell'art. 41-bis, comma 2, o.p. nell'ottica di una "ristrutturazione complessiva dell'istituto orientata al rispetto dei limiti individuati dalle decisioni della Corte costituzionale³⁸⁸". E della Corte EDU è il caso di soggiungere (ciò sarà più chiaro con la lettura della Sez. II).

Il 23 dicembre 2002 veniva emanata la legge n. 279, recante "Modifica degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354", che abrogava l'art.

388RUOTOLO M., *Quando l'emergenza diventa quotidiana*, cit., p. 417.

29 del d.l. 306/92, sancendo così la stabilizzazione delle preclusioni penitenziarie e, per quel che qui interessa, del regime di 'carcere duro', già più volte oggetto di proroga.

La riforma del 2002 stabilì il passaggio dell'art. 41-bis, comma 2, o.p. da norma emergenziale a norma ordinaria, partendo dalla constatazione che i gruppi criminali di stampo mafioso, dopo una prima fase di disarticolazione interna conseguente all'applicazione del regime detentivo restrittivo, avevano poi riorganizzato il sistema delle gerarchie ed escogitato nuove modalità di comunicazione tra i detenuti e il mondo esterno, ragion per cui il loro grado di pericolosità rimaneva costantemente elevato³⁸⁹.

Il nucleo della disciplina rimase sostanzialmente inalterato e le principali novità riguardarono allora i presupposti di applicazione e proroga del regime sospensivo³⁹⁰.

Innanzitutto destinatari del provvedimento non erano più solo i detenuti, ma anche gli internati³⁹¹.

In secondo luogo l'applicabilità del regime era ricollegata a taluno dei reati "di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis"; si circoscriveva alle sole fattispecie associative l'assoggettabilità a regime di rigore, e ciò sembrava coerente con la *ratio* e il contesto di riferimento della norma, che intendeva colpire la criminalità mafiosa (o di matrice terroristica).

Era, poi, stabilito in chiusura di comma 2 un primo limite legislativo alla sfera delle restrizioni attuabili: "La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione (...)".

In sostanza veniva qui cristallizzato lo scopo ultimo dell'istituto, per l'appunto quello di interrompere le comunicazioni tra i sodali mafiosi reclusi all'interno del medesimo penitenziario ovvero tra i detenuti e gli affiliati all'esterno del carcere.

Si sanciva allora per legge che qualunque imposizione avente natura meramente vessatoria fosse illegittima nel quadro del novellato dettato normativo, così come enunciato dalla Corte Costituzionale con sent. n. 376/97.

389PETRINI D., *L. 23.12.2002, n. 279 - Modifica degli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, cit., p. 230. La permeabilità del regime detentivo 41-bis sarebbe stata, peraltro, testimoniata dalla stessa Commissione antimafia nel 2004 con il "Documento di sintesi della discussione", nel quale venne dato conto dell'impossibilità di debellare totalmente il fenomeno delle comunicazioni *da e per* i detenuti sottoposti a custodia differenziata.

390CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 124.

391Sull'opportunità della norma si veda: BERNASCONI A., *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. pen.*, in DI CHIARA G. (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 306.

Si stabiliva, altresì, che il provvedimento sospensivo avesse durata non inferiore a un anno, e non superiore a due, e che fosse prorogabile per periodi ciascuno di un anno, sempreché non risultasse venuta meno "la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive".

Il neointrodotta comma 2-ter introduceva il potere in capo al Ministro della Giustizia di revocare il provvedimento nel caso non fossero più ravvisabili i requisiti per l'applicazione del regime.

A partire dall'emanazione del relativo decreto ministeriale il soggetto interessato avrebbe avuto tempo dieci giorni per depositare reclamo avverso il provvedimento e competente a decidere sarebbe stato il Tribunale di Sorveglianza, giudice naturale in fase di esecuzione.

Ai fini di un eventuale decreto di proroga non sarebbe stato sufficiente richiamare quali ragioni-presupposto circostanze lontane nel tempo, come quelle dedotte nel primo provvedimento applicativo; la legge richiedeva ora la deduzione di prove recenti, volte a supportare con maggior vigore la necessità di far perdurare gli effetti del provvedimento originario.

Particolarmente interessanti erano le prescrizioni del nuovo comma 2-quater: dimostrando di aver metabolizzato le pronunce della giurisprudenza costituzionale, il legislatore aveva circoscritto l'alveo delle possibili limitazioni delle regole trattamentali a talune ipotesi puntualmente individuate.

Trovava così applicazione quanto indicato dalla Corte Costituzionale nelle celebri sentenze nn. 349/93 e 351/96 , poiché veniva cristallizzato un nucleo minimo di diritti, che non poteva essere scalfito dalle restrizioni del regime 41-bis.

Questo profilo costituirà oggetto di più approfondita analisi nella Sezione II, laddove si ci occuperà nel dettaglio del contenuto del provvedimento sospensivo.

6.2. La riforma del 2009: la supremazia delle istanze securitarie

Nel 2009 il legislatore decise, poi, di intervenire nuovamente in tema di regime detentivo differenziato, stabilendo una serie di modifiche piuttosto rilevanti.

Sulla scia di un rinnovato spirito custodialistico e intendendo valorizzare le istanze securitarie ben riassunte dallo slogan 'tolleranza zero', fu emanata la l. 15 luglio 2009, n. 94, che, con riferimento all'istituto in esame, introdusse una serie di cambiamenti in senso peggiorativo per il soggetto ristretto, con conseguente accentuazione del 'sistema del doppio binario'³⁹².

³⁹²CESARIS L., *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, in *'Biblioteca delle Scienze, Università degli Studi di Pavia'*, 2010, p. 11, reperibile online su www.unipv.it/bibscienze.

Le modifiche all'art. 41-bis, comma 2, o.p., si orientarono su tre piani:

- inasprire il regime restrittivo, rendendolo maggiormente vessatorio;
- ampliarne l'ambito di applicabilità a categorie prima escluse;
- renderlo più efficace, minimizzando il rischio di collegamenti.

Entrando allora nel vivo della novella legislativa, l'applicabilità del provvedimento sospensivo venne nuovamente ampliata; accanto alla statuizione inerente ai detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p., fu inserito la previsione riguardante coloro che avessero commesso "un delitto avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva".

Con ciò veniva introdotto un rilevante cambiamento anche in termini concettuali, in quanto attraverso tale precisazione si rendeva possibile applicare il regime di 'carcere duro' anche in ipotesi di reati comuni aggravati dalla circostanza di cui sopra, ovvero una riedizione di quella stabilita dall'art. 7 del d.l. 152/92, conv. in l. 203/91³⁹³.

In tema di unificazione delle pene venne stabilito, in contrasto con l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di Cassazione e con la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 361/94 (cfr. Cap. 2, Sez. II, § 8.), il principio del mancato scioglimento del cumulo giuridico.

Il comma 2 dell'art. 41-bis o.p. chiosa ora con la previsione secondo cui: "In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-bis".

A differenza di quanto avvenuto in tema di preclusioni penitenziarie dettate dall'art. 4-bis o.p. è qui lo stesso legislatore ad aver risolto preliminarmente un potenziale contrasto interpretativo, stabilendo che il provvedimento sospensivo possa non essere limitato all'unità di pena relativa a delitto di cui al comma 1 dell'art. 4-bis o.p., ma possa essere bensì esteso a quella parte di pena che, a

³⁹³La norma, già citata al Cap. 1, § 3. 2., merita qui di essere rievocata; stabilisce l'art. 7, comma 1, della l. 203/91: "Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà". Per un interessante approfondimento delle problematiche che la contestazione di quest' aggravante impone si rinvia a: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., pp. 131-132; alcune considerazioni, ad anticipazione della riforma del 2009, si possono reperire in: ARDITA S., *La funzione di prevenzione antimafia quale presupposto e limite costituzionale dell'istituto del regime detentivo speciale*, in BARILLIERO M., (a cura di), *Terrorismo e crimini contro lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 135 ss.

rigore, è stata irrogata per reato diverso e non riconducibile a taluna delle condotte base.

Tale scelta legislativa è stata, in generale, considerata coerente con i principi supremi dell'ordinamento, in quanto motivata non da ragioni meramente retribuzionistiche, ma da preminenti istanze di tipo general-preventivo³⁹⁴.

In realtà non è difficile notare che è stato così codificato un paradosso, ben sottolineato da attenta dottrina: "Uno stesso condannato per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis comma 1 potrebbe essere ammesso ai benefici avendo espiato la parte di pena relativa al reato ostativo, ma potrebbe anche essere destinatario di un provvedimento impositivo del regime differenziato"³⁹⁵.

Altro profilo particolarmente degno di nota concerneva, poi, la durata minima del provvedimento sospensivo, già ritoccato con la riforma del 2002, e qui ulteriormente ridefinito *in pejus*.

Il legislatore del 2009 ha portato a quattro anni, non graduabili, l'efficacia del regime restrittivo, stabilendone la prorogabilità per periodi ciascuno di due anni.

La durata viene così predeterminata dalla legge, che sembra allora violare una delle esigenze cardini in materia: l'individualizzazione del provvedimento sospensivo, caratteristica necessaria per un istituto che si prefigge quale scopo ultimo la neutralizzazione dei collegamenti tra i detenuti e la criminalità organizzata e che, quindi, dovrebbe essere modulato in base al diverso grado di pericolosità sociale rilevato caso per caso.

Ne discende come logica conseguenza che l'intento del legislatore fosse di tipo meramente punitivo, con facile prospettività di una violazione dell'art. 3, comma 1, Cost.; il principio di uguaglianza formale comporta infatti che situazioni differenti meritino differente trattamento, ovvero - nella circostanza in esame - è illegittimo applicare un provvedimento sospensivo di pari durata rispetto a situazioni che meriterebbero differenziazione.

Accanto a ciò va ricordata l'abrogazione della disposizione che stabiliva la facoltà in capo al Ministro della Giustizia, cui è tuttora attribuito il potere sospensivo, di revocare anticipatamente un provvedimento restrittivo, qualora avesse ravvisato il venir meno dei presupposti applicativi, primo fra tutti la sussistenza della pericolosità sociale, determinata dal venir meno dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

394Per un commento esaustivo si rimanda a: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., pp. 135 - 136. L'autrice argomenta a proposito della diversità di approccio alle due discipline: "Mentre nel meccanismo preclusivo delineato dall'art. 4-bis ord. pen. si rende necessario lo scioglimento del cumulo perché appare evidente lo scopo di incidere in forma retributiva (...), la funzione preminente del regime sospensivo è quella di rispondere a specifiche esigenze di sicurezza e di ordine pubblico e quindi di garantire la prevenzione di reati impedendo le comunicazioni con l'esterno".

395CESARIS L., *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Vicenza, Cedam, 2015 cit., p. 13.

Proprio con riferimento alla tematica appena citata anche la proroga del regime differenziato appare modificata in termini vessatori: affinché non sia ravvisabile quella pericolosità sociale, condizione sufficiente per il rinnovo del provvedimento sospensivo, il soggetto interessato dovrà dimostrare la cessazione dei collegamenti con la criminalità organizzata, con un'evidente inversione dell'onere della prova, di cui è gravato il ristretto stesso.

Tale modalità di deduzione della prova ricorda molto da vicino quanto disciplinato in tema di superamento delle preclusioni penitenziarie di cui all'art. 4-bis o.p. ed è per questo perfettamente etichettabile come *probatio diabolica*³⁹⁶.

Altre neointrodotte disposizioni, sicuramente rilevanti, sono in linea con la *ratio* della norma, che ricordiamo essere l'interruzione, o quantomeno l'allentamento, delle comunicazioni tra detenuti e criminalità organizzata.

Stabilisce il novellato comma 2-quater prima di elencare le regole trattamentali soggette a limitazione: "I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria".

Il legislatore si è qui limitato a positivizzare una condotta ormai consuetudinaria e applicata diffusamente dall'inizio degli anni '90, come dimostrato, ad esempio, dalle vicende di Pianosa e dell'Asinara.

Volendo, però, cogliere un'imprecisione terminologica, si potrebbe rilevare che l'espressione "aree insulari" non sia tra le più felici; dal tenore letterale della norma si potrebbe infatti concludere che la Sicilia, terra di origine di molti boss mafiosi, rientri tra i luoghi in cui detenere i soggetti ristretti in regime 41-bis, esito da escludere per evidenti ragioni.

Infine, ma non meno rilevante, è quanto stabilito dai commi 2-quinquies e 2-sexies; in essi sono ora racchiuse le previsioni inerenti al reclamo giurisdizionale promuovibile avverso il decreto ministeriale di imposizione del regime sospensivo.

Tali disposizioni saranno esaminate nel dettaglio nella seconda parte della Sez. II, alla quale, dunque, si rinvia.

396CESARIS L., *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, cit., p. 18. Nota argutamente l'autrice: "Non si deve provare la cessazione dei collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza, ma il venir meno della capacità di mantenere collegamenti, che è poi l'obiettivo del regime differenziato. Con il che tornano ad affiorare i dubbi sulla reale efficacia di questo regime a recidere i collegamenti con l'organizzazione criminale, se appunto se ne rende necessaria una proroga".

6.3. La formulazione odierna

Negli ultimi paragrafi si sono, dunque, ripercorsi i principali interventi di modifica del dettato dell'art. 41-bis, comma 2 e ss., o.p.

A conclusione della prima parte, sembra opportuno riproporre il testo della novellata disposizione, punto di partenza per le considerazioni che verranno svolte nella Sez. II e nella Sez. III; a parte talune marginali correzioni dovute al coordinamento della disciplina con altri istituti di diritto processual-penalistico, la norma è rimasta sostanzialmente invariata rispetto alle interpolazioni della riforma del 2009.

Di seguito allora come si presenta il nuovo (lunghissimo) art. 41-bis, comma 2 e ss., o.p.

"2. Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis, o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente.

In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-bis.

2-bis. Il provvedimento emesso ai sensi del comma 2 è adottato con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze.

Il provvedimento medesimo ha durata pari a quattro anni ed è prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi, ciascuno pari a due anni. La proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della

soppravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto.

Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa.

2-quater. I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria.

La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede:

- a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate;
- b) la determinazione dei colloqui in numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell'articolo 11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori, con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari;
- c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno;
- d) l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati;
- e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia;

f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi.

2-quinquies. Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo avverso il procedimento applicativo. Il reclamo è presentato nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza di Roma. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento.

2-sexies. Il tribunale, entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo di cui al comma 2-quinquies, decide in camera di consiglio, nelle forme previste dagli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale, sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento. All'udienza le funzioni di pubblico ministero possono essere altresì svolte da un rappresentante dell'ufficio del procuratore della Repubblica di cui al comma 2-bis o del procuratore nazionale antimafia. Il procuratore nazionale antimafia, il procuratore di cui al comma 2-bis, il procuratore generale presso la corte d'appello, il detenuto, l'internato o il difensore possono proporre, entro dieci giorni dalla sua comunicazione, ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale per violazione di legge. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento ed è trasmesso senza ritardo alla Corte di cassazione. Se il reclamo viene accolto, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo.

2-septies. Per la partecipazione del detenuto o dell'internato all'udienza si applicano le disposizioni di cui all'articolo 146-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271."

Sezione II

Il contenuto del provvedimento sospensivo e i profili di garanzia

Parte prima

Le singole prescrizioni

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Oggetto e limiti del provvedimento sospensivo - 3. Le singole prescrizioni - 3.1. L'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna - 3.2. Colloqui - 3.2.1. Colloqui con minori di anni dodici - 3.2.2. Colloqui coi difensori - 3.3. Invio e ricezione di somme, beni e oggetti - 3.4. Esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati - 3.5. Controlli sulla corrispondenza - 3.5.1. Gli anni '90: questioni di legittimità costituzionale e ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - 3.5.2. Dalla l. 279/02 al nuovo art. 18-ter o.p. - 3.5.3. Altri profili applicativi. Recenti pronunce giurisprudenziali - 3.6. Permanenza all'aperto - 3.7. Misure di sicurezza e accorgimenti di natura logistica - 4. Considerazioni

1. Introduzione

Nella parte iniziale del capitolo terzo si è svolta una panoramica generale del regime detentivo speciale ed è stata privilegiata una prospettiva eminentemente diacronica.

È giunto il momento di analizzare più dettagliatamente alcuni profili.

Molti sono gli aspetti che potrebbero essere approfonditi: la scelta è ricaduta su taluni e non altri per l'impossibilità di trattare di tutti in maniera esaustiva.

La seconda sezione si articolerà, dunque, a propria volta in due sottosezioni: nella prima si focalizzerà l'attenzione sul concreto contenuto del provvedimento sospensivo, posto che la legge stabilisce ora nel dettaglio la qualità e la quantità delle limitazioni che possono essere imposte al soggetto ristretto ex art. 41-bis, comma 2, o.p.; la seconda sarà, invece, dedicata all'analisi dell'istituto del reclamo, strumento di garanzia per il detenuto che intenda impugnare il decreto ministeriale di assoggettamento a regime differenziato.

Si vedrà come, per la definizione di entrambi i profili, decisivo è stato il ruolo della giurisprudenza ai suoi diversi livelli: si è già dato conto nelle pagine precedenti del contributo della Corte Costituzionale, la cui importanza sarà qui ricordata, e verrà analizzato ulteriormente quello della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (garante della CEDU), le cui pronunce sono sempre più rilevanti nel contesto giuridico contemporaneo.

2. Oggetto e limiti del provvedimento sospensivo

Nel corso della Sez. I si è avuto modo, seppur in termini generali, di circoscrivere l'area delle limitazioni imponibili a quelle prescrizioni che:

- non incidono sulle situazioni giuridiche soggettive aventi rango costituzionale fino a determinare il loro annullamento;

- non elidono i diritti fondamentali dei detenuti, già positivizzati nei primi articoli della legge sull'ordinamento penitenziario (l. 354/75);
- non interferiscono con il percorso risocializzante eventualmente intrapreso, intendendosi con questi l'insieme dei benefici penitenziari e delle misure alternative con svolgimento extramurario;
- riguardano unicamente il regime detentivo 'in senso stretto', ovvero il complesso delle regole stabilite dall'Amministrazione penitenziaria volte a scandire la quotidianità all'interno dell'istituto di pena;
- comportano un pregiudizio finalizzato a conseguire gli scopi di difesa sociale e di neutralizzazione del detenuto, la cui pericolosità sociale viene desunta dal titolo di reato (che impone lo stato di detenzione) nonché dal concreto accertamento dell'attualità dei collegamenti con l'organizzazione di appartenenza.

Come posto in evidenza in chiusura di sezione, il comma 2-quater dell'art. 41-bis o.p. disciplina ora il contenuto che viene ad assumere il provvedimento sospensivo.

Prima di entrare nel dettaglio delle singole prescrizioni, è opportuno svolgere una premessa.

Si ricorderà che la disposizione in esame, introdotta con la l. 279/02, è stata inserita nel nostro ordinamento sull'esempio dell'art. 14-quater o.p., che stabilisce i limiti del provvedimento in tema di regime di sorveglianza particolare.

Non a caso quest'ultimo è stato a lungo tempo utilizzato in ambito giurisprudenziale per argomentare a favore della non comprimibilità di un nucleo essenziale di diritti anche in tema di regime differenziato 41-bis, comma 2, o.p.

Il legislatore del 2002, che intese cristallizzare un orientamento piuttosto consolidato dal punto di vista applicativo (il riferimento corre alla prassi giudiziaria dei Tribunali di Sorveglianza), decise, però, di adottare la tecnica inversa rispetto a quella utilizzata per l'art. 14-quater o.p.: non sono state elencate le situazioni giuridiche soggettive intangibili, ma, al contrario, sono state elencate le prescrizioni imponibili³⁹⁷.

Ad una prima lettura della norma tale scelta può apparire lineare ed opportuna, perché limita al meglio la discrezionalità amministrativa di cui gode il Ministro della Giustizia; in realtà le modalità con cui ha operato il legislatore lasciano margini interpretativi piuttosto ampi.

Risulta così vanificato il tentativo, che pure va riconosciuto, di ancorare le scelte amministrative ad una apposita previsione di legge, secondo la riserva stabilita dall'art. 13, comma 2, Cost.; tale affermazione, ora vaga e imprecisa, verrà corroborata dall'analisi puntuale delle singole previsioni di legge.

³⁹⁷CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 457.

Un altro dato merita di essere evidenziato: la l. 94/09, in linea con lo spirito del legislatore, ha introdotto ulteriori restrizioni alla sfera di diritti e facoltà di cui gode il detenuto in 41-bis, sfera che era già stata fortemente compressa con la riforma del 2002.

A questo proposito, l'ultimo intervento modificativo ha inciso sul dettato normativo, stabilendo che "la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede" le limitazioni successivamente elencate, a differenza del precedente testo, nel quale era presente l'espressione "può comportare".

La modifica, apparentemente poco rilevante, è in realtà molto significativa: nell'ottica di un generale irrigidimento del regime differenziato, il legislatore intende chiarire come sia opportuno standardizzare i provvedimenti sospensivi, che non possono così essere individualizzati.

In dottrina si possono riscontrare due orientamenti antitetici: da una parte autori che sottolineano l'importanza dell'omogeneità delle prescrizioni al fine di meglio perseguire gli obiettivi di politica criminale stabiliti dall'ordinamento; dall'altra contributi che criticano l'impostazione del legislatore, che ancora una volta sembra misconoscere lo scopo ultimo dell'esecuzione penale, ovvero quello rieducativo, indubbiamente pretermesso in mancanza di individualizzazione del contenuto delle prescrizioni³⁹⁸.

3. Le singole prescrizioni

L'art. 41-bis, comma 2-quater, o.p. elenca le limitazioni che possono essere imposte con il decreto ministeriale di sospensione delle normali regole di trattamento.

In particolare, al fine di facilitare la comprensione della disciplina, è possibile individuare tre tipologie di prescrizioni; nel fare ciò deve essere chiaro come tale tripartizione non trovi riscontro alcuno nel dettato normativo e sia il frutto di una mera opera di sistematizzazione della materia.

³⁹⁸La *querelle* è ben analizzata da: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 248. L'autrice, esponente del primo, meno garantista, orientamento, motiva così la propria posizione: "L'uniformità del trattamento costituisce un requisito indispensabile per l'efficacia della misura: un'applicazione differenziata delle prescrizioni tra i detenuti sottoposti allo stesso regime consentirebbe infatti a coloro che sono sottoposti alle restrizioni più severe di eluderle, avvalendosi dell'intermediazione di coloro ai quali sono concesse maggiori occasioni di contatto con l'esterno"; dello stesso parere anche: ARDITA S., *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 727. Argomenta, invece, a favore della seconda impostazione, improntata a valorizzare il dettato costituzionale di cui all'art. 27, comma 3: CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 459; l'autrice manifesta i propri malumori anche sotto il profilo della presunzione di non colpevolezza, "dato che gli indagati e gli imputati vengono sottoposti al regime dei condannati determinandosi così (...) una violazione dell'art. 3 Cost."

Secondo tale articolazione queste sono allora le tre categorie astrattamente ricavabili dalla lettura del comma 2-quater:

- restrizioni che possono essere imposte in mancanza di espressa tipizzazione legislativa e che trovano fondamento in generali necessità di preservare l'ordine pubblico e la sicurezza;

- limitazioni, puntualmente disciplinate dalla legge, finalizzate a incidere sulla capacità del detenuto di mantenere collegamenti potenzialmente pericolosi con l'associazione criminale di riferimento;

- limitazioni, anch'esse disciplinate dalla legge, incidenti sulla vita di relazione all'interno del luogo di detenzione, il cui obiettivo è quello di impedire contatti criminogeni tra gli stessi detenuti.

La prima di queste categorie coincide con le prescrizioni imponibili a norma della lett. a) (e, sembrerebbe, della seconda parte della lett. f), la quale costituisce una vera e propria norma di chiusura - a dispetto della sua collocazione a inizio elenco - volta a garantire il mantenimento di un certo margine di discrezionalità in mano al potere esecutivo, che può, dunque, stabilire limitazioni diverse da quelle individuate dalla legge.

Nel secondo insieme sono, invece, ricomprese le disposizioni di cui alle lettere b), c) ed e), riguardanti rispettivamente i colloqui (anche telefonici), la ricezione di somme di denaro, beni e oggetti, nonché la corrispondenza (epistolare o telegrafica).

Nella terza categoria confluiscono, infine, le disposizioni di cui alle lettere d) e f), prima parte, ovvero quelle inerenti alle rappresentanze dei detenuti e degli internati ovvero alla permanenza all'aperto.

È chiaro come tale suddivisione sia piuttosto generica, considerato il fatto che alcune di queste disposizioni potrebbero essere inserite in una categoria piuttosto che in un'altra, a seconda della finalità che si intende valorizzare.

Un esempio è rappresentato da quanto statuito in tema di esclusione dalle rappresentanze dei detenuti, ai quali viene impedito di rivestire tale ruolo al duplice scopo di evitare contatti tra i detenuti e contatti col mondo esterno, che indubbiamente potrebbero aver luogo nello svolgimento di questa funzione.

Lo stesso si potrebbe argomentare in riferimento alle limitazioni imponibili alla ricezione di oggetti e somme di denaro: la norma incide certamente sulla vita quotidiana del detenuto, ma l'elemento che, a parere di chi scrive, viene in risalto concerne la sottrazione di risorse che potrebbero essere utilizzate fraudolentemente dal soggetto ristretto per comunicare con canali esterni.

3.1. L'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna

Procedendo nell'ordine di elencazione stabilito dal legislatore, la prima delle previsioni analizzate è quella di cui alla lett. a) del comma 2-quater.

Prevede testualmente la norma: "**l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna**, con riguardo principalmente alla **necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale** di appartenenza o di attuale riferimento, **contrast** con elementi di organizzazione contrapposte, **interazione** con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate".

La disposizione, data la sua evidente genericità, sembra potersi annoverare tra le "norme in bianco"³⁹⁹, in quanto il legislatore ha qui inteso lasciare la possibilità alle autorità coinvolte di imporre le restrizioni che di volta in volta appaiano consone agli scopi perseguiti.

In sostanza, si tratta di un dettato che rende agevole superare i limiti statuiti nelle lettere successive del comma 2-quater, la cui portata in termini garantisti viene così notevolmente ridimensionata.

In dottrina la contraddizione sussistente tra *ratio legis* e contenuto normativo è stata messa in evidenza fin da subito: si è notato infatti che l'elenco ivi stabilito non costituisce affatto un numero chiuso⁴⁰⁰, e che la previsione di cui alla lett. a) consente di adottare provvedimenti del tutto diversi rispetto alle prescrizioni contenute nelle lettere successive, atteggiandosi a vera e propria clausola aperta⁴⁰¹.

Risulta palese infatti che un provvedimento sospensivo adottato ai sensi della lett. a) sarà maggiormente soggetto ad elusione dei fini che sono predeterminati dalla legge al rinnovato comma 2, ovvero il soddisfacimento delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza conseguenti alla recisione dei collegamenti con l'associazione criminale di riferimento.

In tale disposizione non è rinvenibile alcun elemento che permetta di limitare il contenuto del provvedimento a talune prescrizioni e non ad altre; sembra infatti astrattamente possibile che in presenza di esigenze di difesa sociale e per prevenire la perpetrazione di condotte penalmente rilevanti (sia fuori che all'interno del carcere) sia ipotizzabile l'adozione di misure restrittive ulteriori e diverse da quelle positivizzate.

Apparendo il tenore letterale della norma incoerente coi limiti elaborati nel corso del tempo dalla giurisprudenza, può dirsi scongiurata un'interpretazione così distorsiva della disposizione, la cui concreta operatività deve essere

399 L'espressione si deve a: ARDITA S., *La riforma dell'art. 41-bis o.p. alla prova dei fatti*, in 'Cass. pen.', 2004, f. 4, p. 17.

400 CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 457.

401 La dottrina ha variamente definito il contenuto della lett. a) del comma 2-quater; per i contributi più interessanti si rinvia a: BRESCIANI G., *Sulle istanze per revocare i provvedimenti l'ombra del silenzio-diniego ministeriale*, in 'Guida al diritto', 2003, f. 1, p. 36; PETRINI D., *L. 23.12.2002, n. 279 - Modifica degli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, cit., p. 247; per un'opinione di segno diverso si veda *contra*: BERNASCONI A., *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 306, secondo il quale si tratterebbe di una "norma manifesto" volta a indicare gli obiettivi da perseguire, coerentemente con quanto già stabilito al comma 2 in tema di finalità del provvedimento sospensivo.

necessariamente inquadrata entro la cornice di diritti incompressibili illustrata più sopra.

Non essendo, però, pensabile fare mero affidamento sulle capacità di corretta interpretazione normativa, sembra auspicabile una futura e quanto più prossima espunzione di tale previsione, in quanto il rischio che si ingenerino dubbi applicativi è tutt'altro che astratto⁴⁰².

3.2. Colloqui

Uno dei profili più rilevanti in tema di regime 41-bis, comma 2, o.p. attiene alle modalità con cui il detenuto è ammesso a svolgere colloqui o telefonate, in quanto rappresentano questi i momenti in cui si concretizza maggiormente il rischio di contatti col mondo esterno finalizzati a mantenere i collegamenti con l'associazione criminale di riferimento.

Come la cronaca giudiziaria ha costantemente testimoniato, sono questi gli strumenti di cui si servono tradizionalmente i *boss* dall'interno del carcere per impartire direttive verso l'esterno, dimostrando di poter *bypassare* la condizione di restrizione della libertà personale dovuta allo stato di detenzione.

In taluni casi ciò rappresenta un vero e proprio atto di sfida verso le istituzioni, in quanto tali soggetti non solo continuano a controllare i propri affari criminali, ma ostentano il proprio potere e la propria autorevolezza, niente affatto scalfiti dalla condizione di restrizione.

A parere di chi scrive, colloqui e telefonate rappresentano, dunque, profili che richiedono una particolare attenzione in termini di trattazione ed è questo il motivo per cui sono ad essi dedicati diversi paragrafi.

Le prescrizioni di cui alla lett. b) del comma 2-quater sono diverse e scomponibili in autonome statuizioni.

Innanzitutto, è stato imposto un limite quantitativo ai colloqui di cui possono fruire i detenuti in regime speciale: non più di uno al mese (della durata massima di un'ora⁴⁰³) e ad intervalli di tempo regolari⁴⁰⁴; in entrambi i casi le regole sono chiaramente indirizzate ad allentare i contatti potenzialmente facinorosi.

402Il rischio sarebbe stato certamente evitato nel caso si fosse introdotta una disposizione sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 14-quater o.p., che specifica le posizioni soggettive intangibili; si sarebbe anche accolto l'orientamento della Corte Costituzionale, che nella sent. n. 349/93 propugnava un modello simile in ragione delle analogie tra il regime di sorveglianza particolare e quello di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p.

403La durata del colloquio non viene stabilita dalla lett. f), ma dall'art. 37 reg. esec.

404Questo limite è stato introdotto con la l. 94/09, in quanto la l. 279/02 stabiliva la possibilità di concedere ai detenuti in regime speciale uno o due colloqui mensili, per quanto, a onor del vero, i decreti ministeriali tendevano a uniformare le restrizioni, autorizzando sempre non più di un colloquio al mese.

Nell'impossibilità di imporre un divieto totale, pena la palese violazione del diritto del detenuto alla continuità affettiva, che renderebbe il trattamento esecutivo disumano e degradante, il legislatore ha tentato di raggiungere un punto di compromesso attraverso tale, comunque assai rigida, previsione.

In secondo luogo il legislatore si è preoccupato di stabilire che i colloqui debbano avvenire "in **locali** attrezzati in modo da **impedire il passaggio di oggetti**"⁴⁰⁵.

Il precetto è stato introdotto in conseguenza di quanto constatato con regolarità nel corso dei colloqui: i detenuti ovvero i loro interlocutori tendevano, in assenza di vetri divisorii, a trasmettersi reciprocamente messaggi spesso rilevanti sul piano delle condotte penali.

Era infatti questo lo strumento più immediato per consegnare lettere o altre tipologie di documenti scritti, il cui contenuto non era affatto innocuo, ma era indirizzato al passaggio di informazioni rilevanti per la consorzeria criminale di riferimento.

Altra fondamentale previsione è quella riguardante la selezione dei soggetti che sono ammessi a colloquio coi detenuti: fatta eccezione per la categoria dei difensori, di cui si darà conto a breve, possono essere autorizzati solo i colloqui con i familiari stretti e i conviventi⁴⁰⁶.

Anche questa disposizione sembra essere stata pensata quale punto di compromesso tra la necessità di allentare le comunicazioni con l'esterno e quella di garantire ai detenuti il mantenimento di contatti minimi con i propri affetti.

La norma prevede altresì che sia rimessa alla facoltà del direttore (ovvero, se il soggetto è ristretto in qualità di imputato, dell'autorità giudiziaria competente) ammettere a colloquio soggetti diversi dai familiari e dai conviventi, in ragione di motivi eccezionali⁴⁰⁷.

Il legislatore stabilisce, poi, che i colloqui debbano essere "sottoposti a **controllo auditivo** ed a **registrazione, previa motivata autorizzazione** dell'autorità giudiziaria (...)".

405Va precisato che, sebbene tale prescrizione comporti un inevitabile nocimento in termini affettivi e psicologici, perché impedisce qualunque contatto fisico tra gli interlocutori, la presenza del vetro divisorio non incide negativamente sull'ascolto tra le parti: è preciso dovere dell'Amministrazione penitenziaria garantire la predisposizione di idonei impianti di sonorizzazione, secondo quanto stabilito dalla circolare del Ministero della Giustizia 9 ottobre 2003, n. 100844.

406Sembra doversi prediligere un'interpretazione restrittiva del termine "familiari" ai fini della lett. b) dell'art. 41-bis, comma 2-quater, o.p.; in analogia con quanto stabilito dall'art. 14-quater o.p. in tema di regime di sorveglianza particolare, si ritiene possano essere ammessi a colloquio il coniuge, a cui viene assimilato il convivente, i figli, i genitori e i fratelli; così in: CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 459.

407Tra i terzi eccezionalmente ammissibili a colloquio ci sono ad esempio i ministri del culto; la giurisprudenza si è espressa favorevolmente sul punto, argomentando a proposito che sarebbe questa una naturale implicazione del diritto a professare liberamente la propria confessione religiosa; Cass. Pen., Sez. I, sent. 8 marzo 2011, caso D'Oronzo, in *CED Cass.* 250506, richiamata in: CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 459.

In questo caso la disposizione sembra essere orientata allo scopo di rendere più complesso ai detenuti, che sanno di essere ascoltati, la trasmissione di messaggi illeciti verso l'esterno; nel caso tale deterrente non abbia funzionato, e sia stata possibile la comunicazione di direttive attraverso un linguaggio criptato, la registrazione dei colloqui può comunque essere utile allo svolgimento di nuove indagini, qualora dai dialoghi intercorsi siano evincibili elementi di impulso alle attività investigative⁴⁰⁸.

La riserva di giurisdizione in ordine alle deroghe applicabili al diritto alla segretezza delle comunicazioni, stabilito dall'art. 15, comma 2, Cost., sembra essere stata rispettata dalla previsione che sia l'autorità giudiziaria ad autorizzare il controllo auditivo e la registrazione della conversazione⁴⁰⁹.

A dispetto del tono con cui è prescritta la "previa motivata autorizzazione", il quale sembrerebbe suggerire l'obbligatorietà della stessa, si ritiene in dottrina che l'autorità giudiziaria conservi margini di discrezionalità e che l'autorizzazione non debba, dunque, ritenersi scontata⁴¹⁰.

La stessa lett. b) disciplina brevemente la materia dei colloqui telefonici.

Qualora non sia stato possibile effettuare un colloquio tra presenti, "**può essere autorizzato (...) solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile** con i familiari e conviventi della durata massima di **dieci minuti** sottoposto, comunque, a **registrazione**".

La disposizione, decisamente ferrea⁴¹¹, ammette che il colloquio tra presenti possa essere sostituito, previa autorizzazione, da una telefonata di breve durata assoggettata a registrazione obbligatoria⁴¹².

408L'esigenza di un controllo auditivo è stata talvolta argomentata in maniera singolare dalla Magistratura di sorveglianza, che, con riferimento ad un caso specifico, ha sentenziato come "potendo contare sull'avvenuta registrazione", il detenuto "è posto in grado di dimostrare la legittimità del proprio e dell'altrui comportamento"; il passaggio è estratto da una pronuncia inedita della Magistratura di Sorveglianza di Roma, richiamata in: CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 459.

409Non sembra, invece, esservi unanimità di consensi a proposito dell'altra riserva stabilita dall'art. 15, comma 2, Cost., quella di legge, che - secondo alcuni pareri - parrebbe essere stata svilita in mancanza di espresse indicazioni sui presupposti e la durata delle registrazioni; così in: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 155.

410DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 253.

411In passato si stabiliva che il colloquio telefonico non fosse in sostituzione di quello tra presenti, ma ne costituisse un'aggiunta; DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 254.

412A questo proposito non deve destare scalpore l'obbligatorietà della registrazione, in quanto il regolamento di esecuzione prevede all'art. 39 la stessa misura con riferimento ai detenuti per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis o.p.; si tratta, dunque, una previsione *ad abundantiam*, che nulla aggiunge a quanto già stabilito dall'ordinamento. La precisazione si deve a: CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 460.

3.2.1. Colloqui con minori di anni dodici

Un paragrafo a parte merita la disciplina dei colloqui con minori di anni dodici.

Una circolare ministeriale del 2003, precisamente la n. 3592/6040, consente lo svolgimento di colloqui senza vetro divisorio in sala munita di impianto di videoregistrazione con esclusione del sonoro, qualora il soggetto sottoposto a regime speciale sia il genitore (o il nonno⁴¹³) del minore⁴¹⁴.

La stessa circolare prevede inoltre che l'effettuazione di queste conversazioni debba avvenire senza la presenza di altri familiari, che vengono necessariamente allontanati.

La *ratio* della prescrizione appare evidente: si ritiene che la mancanza del vetro divisorio possa essere utilizzata in maniera fraudolenta dal familiare adulto, così facilitato a scambiare oggetti non consentiti con la persona detenuta, comportamento inattuabile in presenza della normale barriera⁴¹⁵.

Diverse sono state le pronunce di merito e di legittimità a questo proposito: in molti casi la giurisprudenza ha ritenuto inopportuna l'applicazione letterale dell'indicazione ministeriale, che sembra non considerare la possibilità che il colloquio col minore avvenga effettivamente senza vetro divisorio e che il parente accompagnatore rimanga ad osservare (o ad interloquire) al di là del vetro stesso, senza la necessità di essere allontanato⁴¹⁶.

La medesima circolare del 2003 stabilisce, peraltro, che il colloquio visivo con minori infradodicesimi può svolgersi *ex art.* 37, comma 10, reg. esec. alla presenza di più persone e senza vetro divisorio per al massimo 1/6 della sua durata complessiva; con una successiva nota il D.A.P. ha, però, precisato come tale disposizione vada interpretata conformemente agli obiettivi cui è finalizzato il regime differenziato: per questa ragione è opportuno ritenere che al momento dell'apertura del vetro divisorio gli altri familiari debbano essere allontanati⁴¹⁷.

413Con nota 14 marzo 2012, n. 101491, il D.A.P. ha stabilito che il direttore dell'istituto può applicare le suesposte disposizioni contenute nella circolare del 2003 anche in riferimento ai colloqui visivi con minori infradodicesimi che siano nipoti dei detenuti; lo ricorda: MASTROPASQUA G., *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario ex art. 41-bis legge 26 luglio 1975*, in *'Il diritto di famiglia e delle persone'*, 2014, f. 1, p. 240; a questo contributo si rimanda, peraltro, ai fini di un approfondimento sull'importanza per il minore del mantenimento della relazione genitoriale o di stretta parentela nonostante lo stato di detenzione del familiare.

414Recentemente la giurisprudenza ha dissipato ogni dubbio in merito alla possibilità di estendere tale disposizioni favorevoli anche allo svolgimento del colloquio col nipote *ex patre*, rigettando la richiesta di un detenuto sottoposto a regime 41-bis; così deciso da: Mag. di Sorv. di Udine, ord. 10 dicembre 2015; per un commento all'ordinanza si rimanda a: PICOZZI F., *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *'Rass. penit. crim.'*, 2015, f. 2, p. 170.

415CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 460.

416In questo senso si è espressa la Magistratura di Sorveglianza di Spoleto con ordinanza del 10 luglio 2013, apparsa su www.personaedanno.it.

417MASTROPASQUA G., *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario ex art. 41-bis legge 26 luglio 1975*, cit., p. 241.

3.2.2. Colloqui coi difensori

Le prescrizioni fino ad adesso analizzate non si applicano ai colloqui coi difensori.

Con la novella 94 del 2009 era stato limitato a tre il numero di colloqui che potevano svolgersi con cadenza settimanale tra il detenuto e il proprio difensore; tale previsione era stata introdotta *ex novo* in assenza di precedenti indicazioni del legislatore, che aveva inteso fino ad allora valorizzare il dettato di cui all'art. 24, comma 2, Cost., che stabilisce l'inviolabilità del diritto di difesa.

Il legislatore del 2009 prendeva, poi, atto della frequenza con cui tale strumento veniva piegato alle ragioni della consorteria criminale: la nuova disciplina intendeva rendere meno agevole al detenuto comunicare con il gruppo di appartenenza, che non di rado utilizzava come tramite la persona del legale; si trattava di una prassi tristemente evidenziata in una variegata casistica giurisprudenziale, da cui è emersa una non infrequente connivenza tra l'organizzazione malavitosa e il difensore stesso⁴¹⁸.

In ragione della preminente esigenza di garantire al detenuto l'esercizio del diritto di difesa, e non potendosi dubitare aprioristicamente della professionalità dei legali rappresentanti⁴¹⁹, la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo con sent. n. 143/13 il limite di tre colloqui settimanali, ragion per cui si deve ritenere di fatto espunta dall'ordinamento la disposizione formalmente tutt'ora presente nel testo della norma.

418 Emblematico è il caso di soggetti che rivestono il ruolo di legale e, al contempo, di familiare della persona ristretta, come Cinzia Lipari, figlia di Giuseppe, amministratore del patrimonio dei Corleonesi e fidato consigliere del boss di Cosa Nostra Bernardo Provenzano; nel periodo precedente all'applicazione del regime 41-bis al padre, fu accertato che Cinzia, approfittando della sua qualità di avvocato, occultava con regolarità i messaggi (i c.d. 'pizzini') che il Provenzano stesso - ancora in libertà - scriveva all'indirizzo del Lipari, e che venivano inseriti negli atti processuali che portava con sé quando si recava a colloquio in carcere. La vicenda, esemplare sotto il profilo dei perduranti collegamenti con la criminalità organizzata, è stata analizzata da: INGRASCI O., *Donne d'onore. Storie di mafia al femminile*, Milano, Mondadori, 2007, p. 76 ss.; DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 15 ss.

419 A tal proposito, la dottrina ha fortemente stigmatizzato questo atteggiamento sospettoso nei confronti di professionisti, della cui correttezza deontologica si dubitava a prescindere dal loro concreto operato. Si è da più parti suggerito come diverse sono le garanzie già presenti nel nostro ordinamento per arginare la problematica sollevata e che basterebbe potenziare, senza la necessità di svilire il diritto alla difesa, avente rango costituzionale. Marco Ruotolo ricorda ad esempio che, a norma dell'art. 391-bis c.p., introdotto proprio con l. 94/09, è sanzionata la condotta di agevolazione delle comunicazioni con l'esterno dei detenuti in regime speciale e che è altresì prevista un'aggravante se il fatto è commesso da un soggetto esercitante la professione di avvocato; così in: RUOTOLO M., *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in 'G. cost.', 2013, f. 3, p. 2178. Fabio Fiorentin trae, poi, spunto da alcuni passaggi della sent. n. 143/13 per argomentare in favore del rafforzamento degli strumenti di vigilanza detenuti dagli ordini professionali, che potrebbero svolgere un ruolo fondamentale in termini di "monitoraggio delle situazioni a rischio" e di attivazione della giustizia disciplinare. Per un approfondimento sui rimedi suggeriti dall'autore si rimanda a: FIORENTIN F., *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in 'G. cost.', 2013, f. 3, p. 2187.

È, peraltro, il caso di soggiungere che la pronuncia della Consulta è conseguita alla considerazione secondo cui, anche volendo giudicare legittimo il contingentamento dei colloqui operato dal legislatore, non verrebbero egualmente perseguiti efficacemente gli obiettivi di neutralizzazione cui la norma mirava; ciò in ragione del fatto che i colloqui coi difensori sono sempre sottratti alla possibilità di videoregistrazione e di ascolto e non è, dunque, consentito sapere l'oggetto dello scambio tra le parti⁴²⁰.

La decisione dei giudici costituzionali è stata salutata con favore dalla dottrina, che ha entusiasticamente concluso come "con questa sentenza la Corte afferma il valore fondamentale del diritto di difesa, che si sottrae ad operazioni di bilanciamento incongrue"⁴²¹.

Aldilà del merito, tale delibera assume, poi, un pregnante valore simbolico per due ordini di ragioni: innanzitutto, sul piano del diritto interno costituisce la prima declaratoria di incostituzionalità in riferimento a taluna delle previsioni stabilite dall'art. 41-bis, comma 2 ss., o.p.; viene così incrinata l'idea che il regime di 'carcere duro' non sia suscettibile di censure di illegittimità costituzionale⁴²².

In secondo luogo, in tale pronuncia i giudici della Consulta 'integrano' le proprie argomentazioni, rilevando come il mantenimento delle limitazioni quantitative ai colloqui col difensore sarebbe altresì lesivo del principio stabilito dall'art. 6 CEDU, che sancisce il diritto ad un equo processo (c.d. *fair trial*); il Giudice delle Leggi si dimostra così attento a valorizzare l'apporto costituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo in un'ottica di "completamento reciproco tra Carte dei diritti e Costituzioni nazionali, che non pregiudichi il primato di quest'ultime"⁴²³.

3.3. Invio e ricezione di somme, beni e oggetti

Seguendo l'ordine di elencazione del legislatore, alla lett. c) del comma 2-quater è disciplinata una generale "limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno".

Secondo la prassi con cui l'Amministrazione penitenziaria applica tale regola, alcune limitazioni possono essere imposte anche all'invio operato dal detenuto verso l'esterno; ciò accade normalmente con riferimento all'invio di somme di denaro, che possono "essere presupposto o conseguenza dell'esercizio di un potere di controllo di attività criminose all'interno del carcere"⁴²⁴.

420Corte Cost., sent. 17 giugno 2013, n. 143, in www.giurcost.org.

421CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 462.

422CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 462.

423RUOTOLO M., *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., p. 2180.

424CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 166.

L'entità della limitazione è lasciata alla discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria⁴²⁵ in mancanza di criteri-base stabiliti dalla norma e dallo stesso regolamento di esecuzione penitenziaria⁴²⁶.

Tra le prescrizioni più di frequente imposte vi sono, oltre all'ovvio divieto di ricezione di oggetti pericolosi per la sicurezza all'interno dell'istituto, l'impossibilità di utilizzare strumenti potenzialmente idonei a creare collegamenti con l'esterno: classici esempi in tal senso sono costituiti da apparecchi radio con modulazione di frequenza, registratori a cassette, lettori di *compact disk* e *personal computer*.

Non mancano anche casi in cui i divieti riguardano la ricezione di generi alimentari dall'esterno, qualora questi necessitino di cottura: a tal proposito appaiono fondati i dubbi di mera afflittività della limitazione, non essendo ravvisabili ragioni di tipo general-preventivo a sostegno di una siffatta imposizione⁴²⁷.

3.4. Esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati

In tema di prescrizioni direttamente incidenti sulla vita di relazione all'interno del carcere, rilevante è quanto stabilito dalla lett. d) del comma 2-quater, che stabilisce "l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati".

La disposizione risulta coerente con gli obiettivi a cui è preordinata l'emanazione del decreto sospensivo ex art. 41-bis, comma 2, o.p.: la partecipazione, in qualità di rappresentante dei soggetti ristretti, all'organizzazione di molteplici attività risocializzative, comporterebbe rapporti con gli altri detenuti o internati nonché quasi sicuri contatti col mondo esterno; si aprirebbero così canali di scambio utilizzabili dai soggetti in regime differenziato allo scopo di trasmettere messaggi all'associazione criminale⁴²⁸.

425Sarebbe auspicabile la previsione di una soglia minima insuscettibile di compressione, onde evitare trattamenti discriminatori in base al carcere in cui è scontata la detenzione; BERNASCONI A., *L'emergenza diviene norma*, p. 306.

426I decreti applicativi stabiliscono a questo proposito l'opportunità che i detenuti assoggettati a regime speciale possano ricevere non più di due pacchi mensili, il cui peso non superi i 10 kg; DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 257.

427CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 166; DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., pp. 258-259. Sembra pertinente ricordare quanto stabilito da Corte Cost., sent. n. 351/96: "Se è vero che va combattuto in ogni modo il manifestarsi all'interno del carcere di forme di 'potere' dei detenuti più forti o più facoltosi, suscettibili anche di rafforzare le organizzazioni criminali, è anche vero che ciò deve perseguirsi attraverso la definizione e l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento penitenziario", e non anche mediante la disposizione di misure "a scopo dimostrativo".

428CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 163; DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 263. In entrambi i contributi sono esemplificate le occasioni

3.5. Controlli sulla corrispondenza

Stabilisce la lett. e) del comma 2-quater "la sottoposizione **a visto di censura** della **corrispondenza**, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali, aventi competenza in materia di giustizia."

La norma, a dispetto di un dettato chiaro e conciso, è stata fin da subito sottoposta alla lente di ingrandimento della Corte Costituzionale e della Corte di Strasburgo e merita, dunque, di essere meglio analizzata⁴²⁹.

Dal punto di vista della *ratio* ispiratrice, appare evidente come intento del legislatore sia stato quello di impedire che eventuali messaggi facinorosi in entrata o in uscita possano raggiungere il relativo destinatario.

Se tale disposizione non fosse prevista, verrebbero vanificati gli obiettivi stessi del regime differenziato 41-bis, rendendo vita facile ai detenuti, che avrebbero libero accesso ai canali di comunicazione scritta; si deve, dunque, leggere tale prescrizione come la necessaria integrazione della disciplina sui colloqui.

Fatta questa premessa, diversi sono gli interrogativi che il tenore letterale della norma impone.

Non è presente alcun riferimento, neppure vago, ai presupposti legittimanti una simile ingerenza nella sfera personale del detenuto (e degli altri soggetti coinvolti); sembrerebbe allora violato il duplice diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza, tutelato dalla Costituzione all'art. 15, comma 2, che prevede a riguardo il rispetto di una riserva di legge.

La lett. e) del comma 2-quater non fa, poi, menzione della necessità di un qualsivoglia provvedimento autorizzatorio, cosicché i controlli stabiliti appaiono obbligatori e sottratti alla riserva di giurisdizione di cui al medesimo art. 15, comma 2, Cost.⁴³⁰

A onor del vero, le suddette problematiche si ponevano all'attenzione di dottrina e giurisprudenza ben prima dell'introduzione del comma 2-quater, avvenuta con l. 279/02; pur in mancanza di un'esplicita definizione dei contenuti del provvedimento sospensivo, i controlli sulla corrispondenza venivano infatti regolarmente imposti in tutti i decreti ministeriali di applicazione del regime speciale, quale imprescindibile strumento per interrompere i flussi comunicativi tra i detenuti e le organizzazioni criminali.

di contatto sfruttabili dai rappresentanti dei detenuti per allacciare contatti e scambiarsi informazioni. Tra queste: la partecipazione al servizio di gestione della biblioteca (art. 12 o.p. e 21 reg. esec.), il controllo sulla qualità e quantità del vitto (art. 9 o.p. e 12 reg. esec.), la partecipazione alla commissione per l'organizzazione delle attività culturali, ricreative e sportive all'interno dell'istituto (art. 27 o.p. e 59 reg. esec.).

429 Riassume le questioni più importanti affrontate in giurisprudenza: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 260 (nota 170).

430 CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 160.

La violazione della riserva di legge e di giurisdizione era allora apparsa evidente sin da subito.

I paragrafi seguenti saranno dedicati all'analisi delle pronunce giurisprudenziali in materia, il cui contributo si è rivelato decisivo nella ridefinizione della disciplina in chiave garantista.

3.5.1. Gli anni '90: questioni di legittimità costituzionale e ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Le problematiche sollevate furono innanzitutto poste all'attenzione della Corte Costituzionale, che nella celebre sent. n. 349/93 fu chiamata ad esprimersi sulla legittimità dell'art. 41-bis, comma 2, o.p. anche in riferimento al parametro di cui all'art. 15, comma 2, Cost.

Rilevava il giudice remittente che i provvedimenti ministeriali di applicazione del regime speciale prevedevano la sottoposizione della corrispondenza epistolare e telegrafica del detenuto a visto di controllo apposto dalla stessa Amministrazione penitenziaria, in evidente contrasto con la riserva di giurisdizione stabilita dalla Costituzione⁴³¹.

L'illegittimità dell'art. 41-bis, comma 2, o.p. si sarebbe sostanziata nella sospensione delle regole dell'ordinamento penitenziario previste in materia di corrispondenza dei detenuti (art. 18, comma 7, o.p.), cui conseguiva l'esclusione di motivato provvedimento della Magistratura di Sorveglianza in ordine al visto di controllo⁴³².

La Corte Costituzionale dichiarò infondata la questione e pronunciò una sentenza interpretativa di rigetto, con la quale - preso atto dei dubbi di legittimità sollevati dal giudice *a quo* - propose una lettura costituzionalmente orientata della disciplina.

In particolare, la censura evidenziata non poteva essere mossa al dettato di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p., ma poteva eventualmente riferirsi ai soli provvedimenti applicativi, in quanto non era rinvenibile nella disposizione esaminata alcuna attribuzione di competenze in ordine alla sottoposizione a visto di controllo in violazione delle garanzie previste dall'art. 15, comma 2, Cost.⁴³³

La Corte argomentava, peraltro, che sarebbe stata certamente opportuna un'indicazione chiara e precisa in ordine all'autorità giudiziaria competente ad autorizzare i controlli stessi, ma doveva comunque ritenersi implicito - sulla base dei principi generali dell'ordinamento - che tale potere fosse da esercitarsi nel rispetto della riserva di giurisdizione⁴³⁴.

431 Corte Cost., sent. 24 giugno 1993, n. 349, cit.

432 *Ibidem*.

433 *Ibidem*.

434 *Ibidem*.

Al monito della Consulta, che suggeriva di introdurre questa specificazione, non venne dato seguito e nell'inerzia del legislatore molti furono i ricorsi promossi avverso lo Stato italiano alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Le doglianze espresse riguardavano essenzialmente la violazione dell'art. 8 CEDU, che stabilisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare; particolarmente significativo era il paragrafo 2, a norma del quale "non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

Lamentavano i ricorrenti come la legge italiana (art. 18 o.p.) disattendesse completamente la portata della disposizione, in quanto i controlli sulla corrispondenza dei detenuti in regime 41-bis si svolgevano nella piena discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria, ovvero in mancanza di una base legale sufficiente.

Nel *leading case Messina c. Italia*⁴³⁵ la Corte EDU accolse le rimostranze del ricorrente, un detenuto ristretto in regime differenziato in ragione dei suoi perduranti collegamenti con la criminalità organizzata, e censurò:

- la mancata indicazione nell'art. 18 o.p. della durata e dei motivi giustificativi delle misure di controllo sulla corrispondenza;
- l'assenza nella medesima disposizione di argini chiari all'esercizio discrezionale del succitato potere di controllo.

A questa pronuncia ne seguirono molte altre per tutto il corso degli anni '90, rimanendo l'orientamento della Corte sempre lo stesso, con conseguente costante condanna dell'Italia⁴³⁶.

3.5.2. Dalla I. 279/02 al nuovo art. 18-ter o.p.

Nel dicembre del 2002 fu emanata la I. 279, ma il legislatore interno non sembrò aver metabolizzato le pronunce della Corte EDU, che infatti fu chiamata a pronunciarsi nuovamente sulla violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Come noto infatti, nel testo della lett. e) del comma 2-quater non vi era e non vi è tutt'ora traccia dei presupposti di legge, che devono essere rispettati

435 Si tratta di: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 febbraio 2000, *Messina c. Italia*, ric. 25498/94, in *De Jure*.

436 Su tutte: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*, ric. 13803/88; 15 novembre 1996, *Diana c. Italia*, ric. 15211/89; 1 marzo 2000, *Labita c. Italia*, ric. 26772/95; 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*, ric. 26161/95; sentenze reperibili in *De Jure*.

nell'imporre il visto di censura, e non viene fatta menzione alcuna della necessità di un provvedimento autorizzatorio dell'autorità giudiziaria.

Il dettato appariva del tutto insufficiente a soddisfare le esigenze di garanzia imposte dalla copiosa giurisprudenza EDU, ragion per cui venivano ancora emanate di sentenze di condanna, che si sarebbero prolungate fino a tempi più recenti a sanzione delle violazioni pregresse⁴³⁷.

Preso atto delle ripetute condanne verso l'Italia, che sembrava non voler dare ascolto a quanto suggerito dalla Corte europea, il legislatore del 2004 ha introdotto *ex novo* l'art. 18-ter o.p.⁴³⁸, rubricato "Limitazioni e controlli sulla corrispondenza", che disciplina ora puntualmente i limiti alla corrispondenza nei confronti dei detenuti⁴³⁹.

Stabilisce la norma ai commi 1 e 3: "1. Per **esigenze** attinenti le **indagini o investigative** o di **prevenzione dei reati**, ovvero per **ragioni di sicurezza** o di origine dell'istituto, **possono essere disposti**, nei confronti dei singoli detenuti o internati, per un **periodo** non superiore a **sei mesi**, **prorogabile** per periodi non superiori a tre mesi:

a) **limitazioni** nella **corrispondenza epistolare e telegrafica** e nella **ricezione della stampa**;

b) la **sottoposizione** della **corrispondenza a visto di controllo**;

c) il **controllo del contenuto** delle buste che racchiudono la corrispondenza, **senza lettura** della medesima.

2. (...)

3. I provvedimenti previsti dal comma 1 sono adottati con **decreto motivato**, su richiesta del pubblico ministero o su proposta del direttore dell'istituto:

a) nei confronti dei **condannati** e degli **internati**, nonché nei confronti degli **imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado**, dal **magistrato di sorveglianza**;

b) nei confronti degli **imputati**, fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dal **giudice** indicato **nell'art. 279** del codice di procedura penale; se procede un giudice collegiale, il provvedimento è adottato dal presidente del tribunale o della corte di assise."

La disposizione sarebbe in realtà molto più lunga; si ci è qui limitati a riproporre le previsioni più importanti.

437Su tutte: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, ric. 33695/96; 10 novembre 2005, *Argenti c. Italia*, ric. 56317/00; 29 giugno 2006, *Viola c. Italia*, ric. 8316/02; in *De Jure*.

438Articolo inserito con l. 8 aprile 2004, n. 95.

439Per un commento organico all'art. 18-ter si veda: SANTINELLI C., *Limitazioni e controlli della corrispondenza*, in DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 242 ss.

Come è evincibile dalla lettura della norma, il legislatore ha posto rimedio alle censure mosse sia in sede di giudizio di legittimità costituzionale sia in sede di ricorso alla Corte EDU.

Non è stato modificato il dettato di cui alla lett. e) del comma 2-quater, ma si è introdotta una nuova disposizione da leggere in combinato disposto con questa.

L'art. 18-ter o.p. stabilisce infatti limiti alla corrispondenza imponibili in via generale a qualsiasi soggetto ristretto, e che svolgono una funzione integrativa rispetto alle previsioni dell'art. 41-bis o.p.⁴⁴⁰

3.5.3. Altri profili applicativi. Recenti pronunce giurisprudenziali

Una volta appurata la legittimità della previsione di cui alla lett. e) del comma 2-quater e definiti puntualmente i limiti ai controlli sulla corrispondenza ex art. 18-ter o.p., non rimane che analizzare eventuali altri profili applicativi; dirimente, come sempre, è il contributo della giurisprudenza.

Innanzitutto si ritiene che la motivazione legittimante i controlli debba essere diversamente modulata a seconda che la corrispondenza sia in uscita o in entrata: nel primo caso il soggetto che subisce il visto di censura è il detenuto per cui è stato disposto il regime 41-bis, ragion per cui sarà sufficiente richiamare le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza che hanno condotto all'emanazione del provvedimento sospensivo; nel secondo caso, invece, il visto di controllo riguarderà corrispondenza destinata al detenuto, motivo per il quale il diritto di questi a conoscere le ragioni della limitazione andrà bilanciato con la necessità di salvaguardare eventuali esigenze investigative⁴⁴¹.

Come specificato alla stessa lett. e) del comma 2-quater, è fatta salva da controlli la corrispondenza con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia; la precisazione è stata doverosa dopo che la Corte EDU aveva condannato il nostro Paese nel caso *Diana c. Italia* (sent. 5 settembre 1996) per violazione dell'art. 25 CEDU conseguente a visto di censura apposto sulla corrispondenza di alcuni detenuti indirizzata al Segretario generale, alla Commissione e alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

440DELLA BELLA A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali: presente e futuro del regime speciale ex art. 41 bis o.p.*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 250.

441Si ci riferisce al fatto che, nel caso di corrispondenza in entrata, non dovrà essere esplicitato in maniera analitica il contenuto della corrispondenza, al fine di non far conoscere al detenuto eventuali elementi rilevanti sul piano investigativo e non vanificare gli sforzi degli inquirenti. Indicazioni in tal senso sono fornite dalla recente giurisprudenza di legittimità: Cass. Pen., sent. 20 giugno 2014, in: CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 463.

Per quello che riguarda la corrispondenza intercorrente col difensore, la legge non prevede l'esenzione dagli ordinari controlli e nella prassi vi è una perfetta assimilazione con la corrispondenza comune; il che non significa che alcune voci non abbiano fatto sentire il proprio dissenso, manifestando la necessità di una previsione *ad hoc* più indulgente e conforme al diritto di difesa, tutelato dall'art. 24, comma 2, Cost., nonché del diritto ad un equo processo, enunciato all'art. 6 CEDU.

Altre rilevanti limitazioni sono riferite alla fruizione di libri, riviste e giornali; pur non essendo assimilabili a forme di corrispondenza in senso stretto, il relativo controllo trova legittimità nell'art. 18-ter o.p., che cita la "ricezione della stampa" tra le materie ricomprese.

Una considerazione preliminare può essere svolta: non è chiaro per quale ragione tali limiti siano ricondotti, sia dal legislatore che dalla giurisprudenza, alla materia della corrispondenza e non a quella della ricezione di pacchi⁴⁴².

Entrando, poi, nel merito delle prescrizioni, la disciplina specifica è contenuta in una circolare ministeriale, la n. 8845 del 16 novembre 2011, in cui si stabilisce:

- l'acquisto di libri e pubblicazioni tramite l'impresa di mantenimento o in libreria ad opera del personale penitenziario, con conseguente esclusione della facoltà che i detenuti o i loro familiari possano sottoscrivere abbonamenti a riviste⁴⁴³;

- il divieto, in mancanza di autorizzazione, di ricevimento di quotidiani locali⁴⁴⁴;

- limitazioni quantitative al numero di libri che possono essere tenuti in cella (non più di cinque ovvero dodici per i detenuti iscritti a corsi scolastici o universitari).

Nonostante tali restrizioni siano state accolte con favore dalla giurisprudenza e valutate positivamente in termini di legittimità, non mancano ancor oggi dubbi di costituzionalità, sollevati di recente dalla Magistratura di Sorveglianza più attenta⁴⁴⁵.

442 FALZONE A., PICOZZI F., *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis. Commento a ordinanza del 31 gennaio 2012, Ufficio di Sorveglianza di Spoleto*, in *'Rass. penit. crim.'*, 2012, f. 2, p. 132.

443 La limitazione è stata giudicata legittima dalla giurisprudenza in ragione della necessità di impedire a terzi la conoscenza del luogo di detenzione nonché l'agevolazione alla trasmissione di messaggi con il mondo esterno; Cass. Pen., Sez. I, sent. 27 settembre 2013, *CED Cass. 257299*.

444 La limitazione trova ragione nell'intento di evitare che siano trasmesse informazioni sulle attività delle organizzazioni criminali operanti sul territorio; Cass. Pen., Sez. I, sent. 8 novembre 2012, *CED Cass. 253531*.

445 A questo proposito si rinvia all'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. a) ed e), emanata il 26 aprile 2016 da Mag. Sorv. Spoleto. I parametri utilizzati dal *giudice a quo* a sostegno della propria tesi

Come si sarà compreso, i controlli sulla corrispondenza costituiscono in giurisprudenza materia viva a causa delle ingerenze che questi comportano sui residuali margini di libertà del detenuto.

Da ultimo, sul piano del diritto interno, significativa è l'ordinanza con cui la Magistratura di Sorveglianza di Udine ha statuito in tema di limitazioni del diritto alla corrispondenza intercorrente tra detenuti in regime di 41-bis, che siano ristretti in sedi circondariali differenti⁴⁴⁶.

A parere di questo giudice, una lettura costituzionalmente orientata della disciplina non può arrivare ad imporre il divieto di scambiare qualsivoglia tipo di comunicazioni scritte tra detenuti, apparendo illegittimo vietare *tout court* questo diritto, quando risulta, invece, possibile limitare la portata di potenziali rischi attraverso la semplice apposizione del visto di controllo, che certifichi la mancata rilevanza penale del messaggio trasmesso.

3.6. Permanenza all'aperto

Proseguendo nell'elenco si trova, infine, quanto statuito alla lett. f) del comma 2-quater.

La disposizione si articola in due parti: la prima riguarda le limitazioni imposte alla permanenza all'aria aperta; la seconda, sulla falsariga di quanto stabilito alla lett. a), stabilisce in termini generali l'adozione di tutte le misure di sicurezza necessarie alla recisione delle comunicazioni tra i detenuti.

Con riferimento alla prima previsione, sono imposti pesanti limiti alla possibilità di fruire dell'aria aperta; ciò per impedire che tale momento possa essere strumentalmente utilizzato dai detenuti in regime di 41-bis per scambiarsi informazioni o far pervenire messaggi alle organizzazioni mafiose.

Per tale categoria di soggetti, la permanenza all'aria aperta è limitata ad un massimo di due ore giornaliere⁴⁴⁷ (ma è garantito il godimento di almeno un'ora, soglia minima invalicabile).

Con riferimento alle modalità di svolgimento, la permanenza all'aria aperta avviene in gruppi di quattro persone⁴⁴⁸; la composizione del gruppo non è

erano gli artt. 15, 21, 33, 34 e 117, comma 1, Cost. Sulla questione si è recentemente pronunciata la Corte Costituzionale, che - con camera di consiglio datata 8 febbraio 2017 - l'ha dichiarata non fondata.

446Mag. Sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015, est. Fiorentin; per un commento della pronuncia si rinvia a: ALBERTI G., *In tema di limitazioni del diritto alla corrispondenza per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis o.p.*, apparso su www.diritto penale contemporaneo.it il 21 marzo 2016; a commento dell'ordinanza si veda anche: BRONZO P., *Non sussiste un divieto generale ed assoluto per il detenuto, ristretto nel regime speciale di cui all'art. 41-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354, di intrattenere corrispondenza con altri soggetti detenuti sottoposti al medesimo trattamento penitenziario, ospitati in istituti penitenziari diversi*, in 'Il penalista', 29 aprile 2016, www.ilpenalista.it.

447La l. 279/02 stabiliva il limite massimo a quattro ore giornaliere.

448La l. 279/02 prevedeva gruppi di cinque persone.

affatto casuale e viene studiata di volta in volta dall'Amministrazione penitenziaria allo scopo precipuo di evitare che i diversi soggetti possano avere interesse alla condivisione di informazioni.

Non bisogna, poi, sottovalutare altre necessità, come quella di evitare che i contatti tra i detenuti siano il pretesto di scontri tra affiliati e/o boss appartenenti ad organizzazioni rivali; è per questa ragione che si tende a privilegiare una composizione mista, che impedisca il godimento in comune dell'ora d'aria a soggetti operanti in contrapposizione tra loro o su territori confinanti⁴⁴⁹.

La modalità con cui è disciplinata la permanenza all'aria aperta pone, poi, una serie di dubbi applicativi correlati alla effettiva quantità di ore destinabili a questo scopo⁴⁵⁰.

In particolare si ci è posti il problema di come debba essere interpretato il dettato normativo: la lett. f) stabilisce infatti che il limite quantitativo fruibile sia di due ore giornaliere, ma non specifica se in esse rientri anche il computo delle ore destinate all'esercizio di attività ricreative 'fuori cella'.

Nel vigore dei più indulgenti limiti stabiliti dalla l. 279/02 era prevalsa un'interpretazione restrittiva della norma: potendo il detenuto fruire di quattro ore, due venivano normalmente destinate alla permanenza all'aperto strettamente intesa, e le restanti due venivano utilizzate variamente dal detenuto, che poteva ad esempio recarsi in biblioteca o in palestra⁴⁵¹.

La novella 94 del 2009 ha dimidiato i suddetti limiti, ingenerando incertezze in merito all'opportunità di mantenere inalterata la posizione previgente; se nelle due ore indicate dalla lett. f) deve essere ricompreso anche il tempo dedicato allo svolgimento di attività ricreative, è chiaro che al detenuto non potrebbe essere concessa più di un'ora al giorno di permanenza all'aria aperta oppure egli potrebbe decidere di godere di entrambe le ore, rinunciando così all'esercizio delle attività ricreative.

Siffatta conclusione andrebbe ad evidente detrimento della finalità rieducativa della pena, perché impedirebbe di fatto al detenuto di fruire adeguatamente dei pochi strumenti di socialità residuali⁴⁵².

449Queste ed altre puntuali indicazioni sono evincibili dalla lettura della circolare D.A.P. 9 ottobre 2003, n. 3592.

450CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 163; DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 264.

451Quest'interpretazione originava dalle indicazioni fornite dal D.A.P. con la già citata circolare.

452Una posizione critica è riscontrabile in: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., pp. 264-265; CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 469, che sottolinea la diversità di fini cui è preordinata la permanenza all'aria aperta rispetto all'esercizio delle attività ricreative e culturali, ragion per cui i due momenti non sarebbero assimilabili; DELLA CASA F., *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it'*, 2010, f. 12, p. 2511; CORVI P.,

3.7. Misure di sicurezza e accorgimenti di natura logistica

Resta, infine, da analizzare la disposizione stabilita dalla lett. f), seconda parte, del comma 2-quater, alla quale già si è accennato nel precedente paragrafo.

Prevede testualmente la norma: "Saranno inoltre **adottate** tutte le necessarie **misure di sicurezza**, anche attraverso **accorgimenti di natura logistica** sui locali di detenzione, **volte a garantire** che sia assicurata **la assoluta impossibilità di comunicare** tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi".

La disposizione, sostanzialmente ripetitiva rispetto al dettato della lett. a), è stata introdotta con la l. 94/09 ed è stata interpretata come un'integrazione della clausola con cui si apre l'elenco del comma 2-quater.

Nella prassi molti sono i sacrifici della libertà personale imposti frequentemente ai detenuti in regime 41-bis e non rientranti in taluno degli ambiti puntualmente disciplinati dalla legge; si ritiene allora, in dottrina come in giurisprudenza, che una base giuridica di legittimità sia fornita dalle generali statuizioni di cui alla lett. a) e seconda parte della lett. f).

Tra queste ulteriori, ma non meno rilevanti, prescrizioni si possono esemplificamente ricordare: la perquisizione mediante denudamento con flessione a ogni atto di traduzione all'esterno (come previsto da alcuni 'ordini di servizio' dei singoli istituti penitenziari), la mancata autorizzazione all'accesso a trattamenti di procreazione medicalmente assistita (provvedimento di carattere individuale), il divieto di mostrare in sede di colloquio disegni o altri manufatti ai familiari interlocutori (previsione di carattere generale, volta ad evitare che possano cripticamente essere trasmessi messaggi facinorosi, e contenuta in una circolare ministeriale)⁴⁵³.

4. Considerazioni

Prima di concludere questa prima parte di sezione, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni su quanto sin qui analizzato.

A dispetto della formale tipizzazione delle prescrizioni imponibili per mezzo del decreto ministeriale di sospensione delle normali regole di trattamento, appare chiaro come entrambi gli interventi di modifica, del 2002 e del 2009,

Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit., p. 163. A sostegno della tesi più estensiva viene spesso citata da questi autori una pronuncia del Tribunale di Sorveglianza di Cuneo, che considera illegittima l'impostazione più restrittiva perché assimila in maniera impropria attività funzionalmente diverse: l'una rispondente ad esigenze igienico-sanitarie, l'altra finalizzata a incentivare la risocializzazione del reo. Il testo della sentenza è rinvenibile in: Mag. Sorv. Cuneo, 29 maggio 2003, in 'G. mer.', 2003, p. 2456.

⁴⁵³Questi esempi, di cui è piena la cronaca giudiziaria, sono stati tratti da: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 266.

abbiano, per motivi diversi, disatteso le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale con le sentenze di metà anni '90.

In ragione della caratteristica principale del regime 41-bis, ovvero il rigore, sarebbe stato certamente più corretto definire in maniera puntuale ed esaustiva i sacrifici alla sfera della libertà personale cui assoggettare i detenuti.

Essendo il trattamento in esame maggiormente afflittivo rispetto a quello comune, si pone con particolare rilevanza la necessità di stabilire entro limiti precisi la qualità e la quantità delle restrizioni imponibili, al fine di elevare sicuri argini al potere discrezionale del Ministro della Giustizia e dell'Amministrazione penitenziaria.

Si auspica che in un'eventuale futura modifica del comma 2-quater possa trovare accoglimento questo approccio orientato a un più ampio rispetto delle libertà costituzionali, la cui valorizzazione, anche in riferimento al circuito carcerario, dovrebbe costituire il faro di ogni legislazione penitenziaria avanzata.

Parte seconda

L'impugnabilità del provvedimento sospensivo

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La predisposizione di strumenti di garanzia: un percorso a ostacoli - 2.1. Gli interventi della Corte Costituzionale - 2.2. Gli sviluppi normativi. L'introduzione dei commi 2-quinquies e 2-sexies - 3. L'istituto del reclamo oggi: legittimati attivi, termine e giudice competente - 4. Svolgimento del giudizio. Limiti di sindacabilità - 4.1. Ricorso per Cassazione avverso il giudizio di reclamo - 4.2. Provvedimenti emettibili a valle del reclamo - 5. Note conclusive

1. Inquadramento

Come già anticipato, la seconda parte di sezione sarà dedicata all'analisi di un altro essenziale profilo riguardante l'applicazione del regime differenziato: si tratta della facoltà (*rectius* il diritto), concessa al detenuto o internato e al suo difensore, di impugnare il relativo decreto ministeriale.

Se fino ad adesso si è focalizzata l'attenzione sui limiti alla sospensibilità dei diritti soggettivi dei detenuti, è ora il caso di analizzare quali strumenti apprestati l'ordinamento per assicurare la loro effettiva tutela giurisdizionale.

Con ciò si intende dire che, se da una parte è necessario considerare i limiti di legge alla qualità e alla quantità delle restrizioni possibili, pena lo sconfinamento nel libero arbitrio da parte del potere esecutivo latamente inteso, dall'altra è necessario valutare se l'ordinamento abbia predisposto efficienti

istituti di gravame, volti a salvaguardare la legittimità delle compressioni stabilite in riferimento a diritti costituzionalmente garantiti.

Viene, dunque, a capovolgersi il punto di vista della trattazione: non più quello delle autorità e degli organi a vario titolo coinvolti, ma quello della persona ristretta, cui deve essere assicurato l'esercizio del diritto di difesa enunciato all'art. 24, comma 2, Cost.

I paragrafi iniziali saranno dedicati all'evoluzione giurisprudenziale e legislativa in materia; delineata la disciplina odierna in termini generali, sarà possibile approfondire i principali aspetti applicativi e svolgere puntuali considerazioni in merito alla funzionalità degli strumenti esaminati.

L'attuale formulazione delle disposizioni, breve e concisa, ha ingenerato infatti diversi dubbi interpretativi, in quanto non è chiaro come si ci debba comportare dinnanzi ad evidenti vuoti di tutela ereditati dalla novella 94/09, e non più ammissibili in riferimento ad un regime tanto restrittivo come quello analizzato.

2. La predisposizione di strumenti di garanzia: un percorso a ostacoli

L'impugnabilità del decreto ministeriale di applicazione del regime 41-bis sembra essere il naturale contraltare rispetto alla facoltà, rimessa al Ministro della Giustizia, di imporre una rilevante compressione dei già residuali spazi di libertà riservati ai detenuti e agli internati.

Questa constatazione, così semplice nella sua linearità, merita in realtà un approfondimento: quando nel 1992 venne introdotto il regime di detenzione speciale, il legislatore non sembrò essere attento alla necessità di predisporre strumenti di gravame volti a garantire la tutela giurisdizionale dei diritti.

L'impressione che si ottiene dalla lettura dei resoconti stenografici dell'epoca è che l'unica preoccupazione degna di nota fosse quella di rispondere in maniera ferma alla recrudescenza del fenomeno mafioso; non venne presa in considerazione la possibilità di introdurre particolari forme di tutela a garanzia della legittimità dei provvedimenti sospensivi emanati: l'opportunità politica rendeva quei provvedimenti giuridicamente legittimi *in re ipsa*⁴⁵⁴.

La lacuna appena esposta fu immediatamente evidenziata in dottrina come in giurisprudenza, in quanto la magistratura di sorveglianza venne presto investita della questione dai difensori dei soggetti ristretti.

Come si vedrà, fondamentale per la definizione della materia in ottica garantista è stato il contributo della Corte Costituzionale, i cui insegnamenti sono stati lentamente metabolizzati da un legislatore inizialmente inerte, forse

454DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 119, che sottolinea come il legislatore ritenesse forse incompatibili le situazioni d'emergenza con la previsione di istituti di garanzia.

per timore di apparire troppo indulgente nell'assicurare mezzi di tutela a pericolosi *boss mafiosi*.

2.1. Gli interventi della Corte Costituzionale

Il pesante *vulnus* legislativo cui si è appena accennato fu censurato dalla Consulta in due celebri pronunce, in cui i giudici costituzionali non si limitarono ad evidenziare l'assenza di idonei strumenti di tutela, ma addivennero alla conclusione che, indipendentemente da un'espressa previsione di legge, non si poteva lasciare l'ordinamento penitenziario sfornito di rimedi.

Nella prima di queste sentenze, la n. 349/93, la Corte argomentò a favore della necessità di garantire un'efficace tutela giurisdizionale, che consentisse la sindacabilità del provvedimento di sospensione delle normali regole del trattamento penitenziario; in ragione delle analogie di contenuto e, parzialmente, di presupposti intercorrenti con il regime di sorveglianza particolare, il mezzo di gravame avverso il provvedimento di rigore ex art. 41-bis, comma 2, o.p. fu individuato dai giudici nello strumento del reclamo previsto dall'art. 14-ter o.p.⁴⁵⁵

Nel secondo intervento, sent. n. 410/94, i giudici costituzionali si spinsero oltre e indicarono nella magistratura di sorveglianza il giudice competente a sindacare delle doglianze sollevate, in quanto ad esso era riservata tradizionalmente dall'ordinamento la cognizione in fase di esecuzione penale⁴⁵⁶.

2.2. Gli sviluppi normativi. L'introduzione dei commi 2-quinquies e 2-sexies

⁴⁵⁵Corte Cost., sent. 24 giugno 1993, n. 349, cit.; si veda anche: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 189.

⁴⁵⁶Corte Cost., sent. 21 novembre 1994, n. 410, in *www.giurcost.org*; si veda anche: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 189; una precisazione: l'attribuzione di giurisdizione al giudice ordinario può apparire naturale e scontata, essendo questi - per definizione - il giudice dei diritti soggettivi. In realtà la questione era oggetto di dibattito, in quanto la Corte di Cassazione propendeva per la tesi opposta, ovvero quella dell'inoppugnabilità dei decreti ministeriali in ragione della loro natura di atti ministeriali, valorizzando la tipologia del provvedimento più che l'essenza della situazione giuridica soggettiva limitata; si veda, in proposito: Cass. Pen., Sez. I, 19 marzo 1993, in 'Cass. Pen.', 1994, p. 1358. In ragione di ciò, era stata prospettata in dottrina la configurazione di tali posizioni giuridiche come interessi legittimi; corollario di questo orientamento era l'esperimento di un eventuale ricorso agli organi di giustizia amministrativa. Si trattava di un compromesso tra la necessità di garantire tutela giurisdizionale e quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità; in questo senso: MARTINI A., *Art. 19 - Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, p. 215. La qualificazione delle posizioni giuridiche come diritti soggettivi era, invece, sostenuta in dottrina da: DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 124.

Un primo, parziale, recepimento degli insegnamenti derivanti dalle pronunce di legittimità costituzionale avvenne con l'emanazione della l. 11/98, il cui art. 4 introduceva all'art. 41 o.p. il nuovo comma 2-bis.

La disposizione positivizzava la competenza del Tribunale di Sorveglianza del *locus custodiae* in cui era ristretto il detenuto a decidere sui reclami avverso i provvedimenti ministeriali⁴⁵⁷; tale criterio rimaneva fermo anche in caso di trasferimento a norma dell'art. 42 o.p.

Così facendo, il legislatore prendeva implicitamente atto del fatto che il reclamo fosse stato riconosciuto in sede giurisprudenziale quale strumento per promuovere gravame e sindacare la legittimità del provvedimento di rigore.

Per l'introduzione di una puntuale disciplina normativa fu, invece, necessario attendere la l. 279/02, con cui fecero ingresso nel dettato dell'art. 41-bis i commi 2-quinquies e 2-sexies, interamente dedicati alla definizione dell'istituto del reclamo⁴⁵⁸.

Le disposizioni, tutt'ora vigenti, non sono state immuni da rilevanti modifiche legislative.

La l. 94/09 ha inciso profondamente sulle modalità con cui il gravame può essere esercitato nonché sul potere concretamente riservato al Tribunale di Sorveglianza, individuato ora funzionalmente dalla legge in quello di Roma⁴⁵⁹.

3. L'istituto del reclamo oggi: legittimati attivi, termine e giudice competente

Svolta questa breve panoramica iniziale, è giunto ora il momento di analizzare nel dettaglio quanto stabilito dalla legge alle succitate disposizioni.

Procedendo in maniera ordinata, stabilisce il rinnovato testo del comma 2-quinquies: "Il **detenuto** o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il **difensore**, possono **proporre reclamo** avverso il procedimento applicativo. Il reclamo è presentato nel **termine di venti giorni** dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è **competente** a decidere il **tribunale di sorveglianza di Roma**. Il reclamo **non sospende l'esecuzione** del provvedimento".

La formulazione della norma concentra una serie di rilevanti statuizioni, ognuna delle quali merita autonoma trattazione.

Innanzitutto legittimati attivi alla presentazione del reclamo avverso il provvedimento ministeriale sono il soggetto ristretto (detenuto o, più raramente,

457CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 191.

458Per un commento organico al sistema di gravame introdotto con la riforma del 2002 si rimanda a: PRELATI G., *Il procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit. dal punto di vista pratico-operativo*, in 'Giur. it.', 2003, f. 12, p. 2437.

459CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 191.

internato⁴⁶⁰) e il suo difensore: questo significa che la persona direttamente interessata dall'applicazione del regime sospensivo può da sola impugnare il provvedimento che ritiene essere lesivo.

In secondo luogo, viene stabilito che il termine entro cui il reclamo è ricevibile è di venti giorni (in precedenza dieci), decorrenti dalla comunicazione del provvedimento⁴⁶¹.

La disposizione, apparentemente chiara, pone, però, un dubbio: la legge non prevede in capo all'autorità emanante alcun obbligo di notifica a favore del legale rappresentante del detenuto; si ci domanda allora se il *dies a quo* per il computo del termine debba essere posposto al momento in cui il detenuto mette a conoscenza il difensore della notifica pervenuta ovvero se debba comunque essere considerata la data in cui il soggetto ristretto ha ricevuto l'atto⁴⁶².

La l. 94/09 ha, poi, inciso sull'attribuzione di competenza a decidere sul reclamo: nel vigore della precedente formulazione della norma era investito di gravame il Tribunale di Sorveglianza del *locus custodiae*; la nuova disposizione, stravolgendo l'impostazione originaria dell'istituto, ha modificato la competenza, attraendola secondo un criterio funzionale al Tribunale di Sorveglianza di Roma, che ora decide in qualità di giudice unico.

La scelta, da taluni accolta favorevolmente⁴⁶³ e da tal altri criticata⁴⁶⁴, è stata determinata dalla *voluntas legis* di dirimere le controversie

460Valutazioni sulla effettiva possibilità che la persona internata possa proporre reclamo sono svolte da: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 192 (nota 222).

461Il raddoppio del termine per la presentazione del reclamo è stato accolto con favore dalla dottrina, che riteneva il precedente termine di dieci giorni inadeguato alla predisposizione di un atto di impugnazione ragionevolmente motivato; così in: FIORENTIN F., *Carcere duro: mano pesante sui colloqui. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *'Guida al diritto'*, 2009, f. 33, p. 76.

462La questione sembra comunque potersi risolvere alla luce della circolare del Ministero della Giustizia 9 ottobre 2003, in cui è esplicitato l'obbligo di notifica del provvedimento al difensore; in mancanza di altri riferimenti normativi appare corretto argomentare che l'indicazione ministeriale possa dissipare i succitati dubbi. Così in: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 294 (nota 257); PERONI F., *Art. 41-bis, co 2, ord. pen.: ai fini del reclamo, parificati i termini per detenuto e difensore*, in *'Dir. pen. proc.'*, 2012, f. 4, p. 427, che costituisce nota a sentenza di: Cass. Pen., Sez. I, 30 gennaio 2012, *CED Cass.* 3634.

463DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 291.

464CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., pp. 198-199; CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 474. Interessante è anche il parere contrario del C.S.M., secondo cui tale accentramento di competenza potrebbe esporre i giudici di sorveglianza di Roma al rischio di maggiori ritorsioni da parte delle organizzazioni criminali; così nel parere espresso il 10 giugno 2009 (rinvenibile su www.csm.it) sul disegno di legge allora oggetto di dibattito parlamentare e confluito nella l. 94/09.

giurisprudenziali in materia⁴⁶⁵ e giungere a decisioni tra di loro concordanti; nel vigore dell'antecedente disciplina si poteva verificare spesso che, in situazioni del tutto assimilabili, i diversi Tribunali di Sorveglianza addivenissero a conclusioni differenti, ingenerando una certa confusione in termini di corretta definizione dell'istituto.

Si è, dunque, inteso valorizzare la necessità di composizione dei molteplici orientamenti giurisprudenziali a scapito del diritto dei detenuti di investire della questione il proprio giudice naturale.

La concentrazione della competenza nelle mani del Tribunale di Sorveglianza di Roma è stata anche motivata affermando che, in ragione della "vicinanza fisica" con la sede della Procura Nazionale Antimafia, si rende facilitata l'apprensione diretta di elementi investigativi⁴⁶⁶ altrimenti difficilmente conoscibili dai componenti del collegio giudicante, che non ha contezza immediata di eventuali sviluppi nelle indagini.

La concentrazione della competenza sarebbe allora prodromica alla creazione di un Tribunale di Sorveglianza specializzato (si badi bene, non speciale), chiamato a svolgere questo ruolo abitualmente e potendo usufruire di preziose informazioni attinenti all'organigramma interno alle associazioni criminali, alla loro concreta e attuale pericolosità, ecc.

Il comma 2-quinquies si chiude, infine, con la statuizione secondo cui la presentazione di reclamo non comporta la sospensione del provvedimento impugnato.

La ragione di tale previsione è piuttosto evidente: se l'applicazione del regime differenziato venisse meno, ne conseguirebbe un sicuro nocumento in termini di implementazione degli obiettivi cui il regime stesso è preordinato, venendo allora vanificati gli sforzi di allentare, se non proprio recidere, i contatti con la consorteria criminale di provenienza.

4. Svolgimento del giudizio. Limiti di sindacabilità

Più lungo e complesso è il dettato di cui al comma successivo, il cui contenuto verrà riportato per stralci in relazione alla statuizione analizzata.

Stabilisce il primo periodo del comma 2-sexies: "Il tribunale, entro **dieci giorni** dal ricevimento del reclamo (...), **decide in camera di consiglio**, nelle

465Viene spesso richiamato in dottrina l'intervento del sen. Centaro, che argomenta in questo senso la *ratio* della norma, e il cui resoconto stenografico, datato 4 febbraio 2009, è disponibile su www.senato.it, 141ª seduta antimeridiana.

466La stessa P.N.A. ha diritto, ai sensi del comma successivo, di intervenire nelle udienze concernenti il reclamo in materia di 41-bis e, in effetti, va ad essa riconosciuto di non aver mai mancato di assicurare la presenza di un proprio rappresentante; DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 295.

forme previste dagli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale, **sulla sussistenza dei presupposti** per l'adozione del provvedimento."

Va in primo luogo precisato il significato dell'inciso "entro dieci giorni", riferito al termine concesso al Tribunale di Sorveglianza di Roma per l'emanazione dell'ordinanza motivata; secondo l'interpretazione maggioritaria questi avrebbe natura ordinatoria⁴⁶⁷ e il suo travalicamento non avrebbe immediate ripercussioni.

Non sembra essere dello stesso parere la Corte di Strasburgo, che in occasione di innumerevoli ricorsi presentati da detenuti in regime 41-bis ha constatato come il regolare superamento del termine di dieci giorni per decidere su reclamo sia lesivo del diritto all'effettività della tutela giurisdizionale e sia condotta censurabile sotto il profilo dell'art. 13 della Convenzione⁴⁶⁸, soprattutto in considerazione del fatto che, come si è precedentemente affermato, la presentazione del reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento.

La decisione del Tribunale di Sorveglianza di Roma viene assunta in camera di consiglio, secondo le forme previste dalla legge per il procedimento di sorveglianza⁴⁶⁹; tale richiamo deve, però, considerarsi residuale, in quanto operante limitatamente a quegli aspetti per cui il legislatore non ha stabilito una disciplina speciale⁴⁷⁰.

Particolarmente interessante è, poi, un altro aspetto: la novella 94/09 ha inciso restrittivamente sui limiti di sindacabilità giurisdizionale; nella precedente versione della disposizione si stabiliva che il Tribunale di Sorveglianza si pronunciava sulla congruità delle limitazioni imposte nonché sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento.

467Un dato su tutti viene utilizzato quale argomento a favore del carattere ordinatorio del termine: a norma dell'art. 666, comma 3, c.p.p., espressamente richiamato al comma 2-quinquies, il tribunale deve dare avviso dell'udienza camerale alle parti e ai difensori almeno dieci giorni prima della stessa; questo ulteriore intervallo temporale impedisce concretamente che la decisione del collegio giudicante possa essere emessa nel termine di dieci giorni; DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 297 (nota 264). Propende per l'ordinatorietà del termine anche: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., pp. 204-205, che aggiunge alle argomentazioni appena esposte come i tempi si dilatino inevitabilmente "sia al fine di garantire l'effettivo contraddittorio, attraverso la necessaria partecipazione del difensore e del pubblico ministero, nonché l'intervento del detenuto, sia allo scopo di consentire eventuali attività istruttorie".

468Tra i casi più noti si possono ricordare: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 febbraio 2000, *Messina c. Italia*, ric. 25498/94; 30 ottobre 2003, *Ganci c. Italia*, ric. 41576/98; 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, ric. 33695/96; 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*, ric. 35795/02; in *De Jure*.

469Approfondisce il rinvio al procedimento di sorveglianza: CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 199 ss.

470DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 295.

Con l'ultima riformulazione della norma il legislatore ha espunto il riferimento al giudizio di congruità, che deve, dunque, ora escludersi dalla sfera di competenza di questo giudice⁴⁷¹.

Tale scelta, molto discussa dal momento dell'introduzione della modifica di legge, si giustifica sotto diversi profili: le prescrizioni stabilite con l'adozione del provvedimento sospensivo sono le medesime in tutti i casi, posto che, come suggerito dal tenore del comma 2-quater, non è possibile modularle sulla base delle necessità concrete ed il contenuto dei provvedimenti ministeriali è venuto così ad omologarsi; si potrebbe affermare che in una simile prospettiva le limitazioni stabilite saranno sempre congrue per presunzione di legge⁴⁷².

A parere di chi scrive, tale riformulazione della disposizione è un ulteriore segnale della volontà di limitare, quando non sia legittimo estromettere del tutto, il sindacato del Tribunale di Sorveglianza; ciò è perfettamente coerente con l'atteggiamento del legislatore in tema di 'doppio binario', che guarda sempre con sospetto alla potestà cognitiva del giudice dell'esecuzione.

Con riferimento alla questione esaminata, l'impressione che si riceve è quella di un legislatore diffidente rispetto alle capacità di giudizio della Magistratura di Sorveglianza; il timore è forse quello che le esigenze in tema di ordine pubblico e sicurezza (requisito per l'imposizione del regime 41-bis) possano essere svilite rispetto alle istanze garantiste notoriamente valorizzate dalla giurisprudenza.

Nell'attuale formulazione della norma il Tribunale di Sorveglianza è chiamato a decidere solo della legittimità del provvedimento in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione e la proroga dello stesso.

Ne consegue che non saranno sottoposte a vaglio di legittimità le singole misure adottate, ma verrà valutata la legittimità complessiva del provvedimento relativamente alle concrete esigenze di ordine pubblico e di sicurezza; dovrà, dunque, essere considerata la reale necessità di adottare il provvedimento di rigore in ragione della pericolosità concreta del soggetto ristretto e dell'attualità dei suoi collegamenti con la criminalità organizzata.

Altri sono, poi, i profili che debbono essere analizzati: in aggiunta alle considerazioni di merito sull'opportunità di sottrarre al Tribunale di Sorveglianza

471CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 480.

472Di questo avviso sembra anche Angela Della Bella, che afferma: "È del tutto coerente negare un sindacato giurisdizionale sulla congruità della prescrizione, poiché tale valutazione deve ritenersi già effettuata dal legislatore"; DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 301; sul tema si è pronunciata subito dopo l'emanazione della l. 94/09 anche la Corte Costituzionale con sent. n. 190/10, da cui si estrae un significativo passaggio: "La forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, ha determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini".

il giudizio di congruità, si può constatare come di fatto a ciò abbia conseguito un vero e proprio "vuoto di tutela"⁴⁷³.

Se il legislatore del 2002 è intervenuto con una parziale tipizzazione delle prescrizioni di cui si sostanzia il regime sospensivo, è altresì vero che le disposizioni di cui alla lett. a) e alla lett. f), ultimo periodo, del comma 2-quater sono assai generiche e comportano la facoltà in capo alle singole amministrazioni penitenziarie di adottare i provvedimenti che ritengono più idonei al perseguimento dei fini stabiliti.

Corollario del combinato disposto tra l'espunzione del giudizio di congruità e la genericità di alcune prescrizioni è che ci siano limitazioni imponibili a discrezionalità degli organi amministrativi, senza che eventuali lesioni di diritti soggettivi dei detenuti e degli internati possano essere azionabili in sede di reclamo ex art. 41-bis, comma 2-sexies, o.p.⁴⁷⁴

In ragione di ciò e per supplire ad un'evidente carenza del legislatore, la giurisprudenza costituzionale ha elaborato la teoria secondo cui uno strumento di tutela deve pur essere individuato, pena l'illegittimità del comma 2-sexies sotto il profilo dell'art. 24, comma 1, Cost.; in concreto tale rimedio è allora stato indicato nel reclamo disciplinato dall'art. 14-ter o.p. in tema regime di sorveglianza particolare, il quale viene così ad assurgere "carattere di rimedio generale"⁴⁷⁵.

La decisione della Consulta, accolta certamente in maniera positiva, ha sollevato nuovi dubbi interpretativi: acclarato che la tutela dei diritti soggettivi di rango costituzionale debba sempre essere garantita ed individuato nel reclamo di cui all'14-ter o.p. il mezzo più adatto, ulteriore quesito si pone in riferimento alla concreta individuazione del giudice competente.

Dal momento che diversi sono gli orientamenti sia in dottrina come in giurisprudenza, sembra possa dichiararsi indispensabile un intervento chiarificatore del legislatore, che attribuisca espressamente la competenza a decidere al Tribunale di Sorveglianza di Roma ovvero a quelli territorialmente individuati in base al criterio del *locus custodiae*⁴⁷⁶.

4.1. Ricorso per Cassazione avverso il giudizio di reclamo

Stabilisce altresì il comma 2-sexies al terzo e quarto periodo: "Il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, il procuratore di cui al comma

473DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 301.

474DELLA CASA F., *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, cit., p. 12.

475Corte Cost., sent. 28 maggio 2010, n. 190, in www.giurcost.org.

476Invita il legislatore a dirimere urgentemente la controversia: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 305 ss.

2-bis, il procuratore generale presso la corte d'appello, il detenuto, l'internato o il difensore possono proporre, **entro dieci giorni** dalla sua comunicazione, **ricorso per cassazione** avverso l'ordinanza del tribunale **per violazione di legge**. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento ed è trasmesso senza ritardo alla Corte di cassazione."

Il diritto di esprimere doglianze non si limita all'impugnabilità del provvedimento sospensivo a mezzo reclamo, ma si concretizza nella possibilità che la decisione emessa dal Tribunale di Sorveglianza possa a propria volta essere impugnata dinnanzi alla Corte di Cassazione tramite ricorso per violazione di legge⁴⁷⁷, secondo le forme del rito non partecipato di cui all'art. 611 c.p.p. e nel termine di dieci giorni (in precedenza quindici).

A differenza di quanto avviene nel giudizio di reclamo, il contraddittorio sarà meramente cartolare, non essendo presenti in udienza i difensori⁴⁷⁸.

Come precisa, poi, la norma, la presentazione del ricorso non comporta la sospensione dell'esecuzione del provvedimento, cosicché il regime 41-bis continua a trovare applicazione nelle more del giudizio parallelamente a quanto stabilito nel primo periodo in riferimento alla presentazione dell'istanza di reclamo⁴⁷⁹.

4.2. Provvedimenti emettibili a valle del reclamo

L'ultimo periodo del comma 2-sexies disciplina, infine, le possibilità offerte a valle del giudizio di cui al comma 2-quinquies: "Se il reclamo viene accolto, il Ministro della Giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo."

Il Tribunale di Sorveglianza di Roma può, sulla base degli elementi sottoposti alla sua attenzione, accogliere o rigettare il reclamo⁴⁸⁰.

Partendo da quest'ultima eventualità, è ovvio che in caso di rigetto il provvedimento sospensivo rimarrà intatto e le restrizioni ivi stabilite

477 Giova ricordare che dal punto di processual-penalistico si parla di violazione di legge in caso di inosservanza delle disposizioni di legge sostanziale e processuale; si deve escludere, dunque, che il ricorso per Cassazione possa essere avanzato anche per vizio di motivazione, sempreché - afferma la giurisprudenza prevalente - l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza non sia caratterizzata dalla mancanza o dalla mera apparenza della motivazione, ipotesi che ricadrebbe nella violazione di legge; Cass. Pen., Sez. I, 22 dicembre 2004, in 'Cass. pen.', 2005, p. 3085, citata in : CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 220.

478 CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 223.

479 Va, però, segnalato che saltuariamente la giurisprudenza ha riconosciuto la sospensione in via cautelare dell'efficacia dell'ordinanza di annullamento; Trib. Sorv. Roma, 23 maggio 2003, caso Bastone, commentato da: GAITO A., *Primi disorientamenti giurisprudenziali in tema di controlli sull'esecuzione penitenziaria*, in 'Dir. pen. proc.', 2003, f. 12, p. 1531.

480 È stato espunto il riferimento all'accoglimento parziale del reclamo. Ad oggi il Tribunale di Sorveglianza può solo accogliere o rigettare in blocco l'istanza; CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 480.

continueranno ad essere applicate; in caso di accoglimento, invece, il provvedimento ministeriale sarà annullato dallo stesso giudice con conseguente non perdurante sottoposizione del soggetto ristretto a regime 41-bis.

Questo non comporta l'assoggettamento a regime comune, ma - normalmente - l'inserimento della persona nel circuito Alta Sicurezza (AS), posta la sua comunque non marginale pericolosità sociale.

Con riferimento alla possibilità di un nuovo provvedimento sospensivo, la legge ammette in via generale tale facoltà, ma subordina la disposizione di un rinnovato decreto ministeriale alla sussistenza di nuovi o non esaminati elementi, con ciò stabilendo che l'atto del Ministro della Giustizia dovrà riportare dettagliata motivazione a proposito.

È così introdotto il tema del giudicato, il quale si forma decorsi i termini per impugnare od esauriti gli ordinari mezzi di gravame; quanto detto poco sopra fa, però, propendere per la formazione di un giudicato *rebus sic stantibus*, con distensione del tipico effetto preclusivo in relazione alla situazione vagliata dal giudice allo stato degli atti⁴⁸¹.

5. Note conclusive

Sembra opportuno svolgere alcune osservazioni in riferimento ai profili di garanzia analizzati e sostanziatisi nella disciplina del reclamo giurisdizionalizzato.

Il giudizio di chi scrive è in generale positivo, nonostante alcuni aspetti meritino di essere meglio normati in sede legislativa.

Talune critiche possono essere mosse: dal punto di vista procedurale non si pongono particolari problematiche, posto che frequentemente la giurisprudenza tende a colmare eventuali lacune o antinomie; la censura più rilevante deve semmai essere rilevata in relazione all'espunzione dal dettato del comma 2-sexies del riferimento all'accertamento sulla congruità del provvedimento sospensivo.

Appare illegittimo sottrarre tale potere di sindacabilità alla Magistratura di Sorveglianza e non appaiono convincenti le argomentazioni con cui la Consulta, all'indomani dell'emanazione della l. 94/09, ha tentato un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione.

Si assiste ad una sempre maggiore 'spoliazione' delle prerogative appartenenti al giudice dell'esecuzione, la cui figura rischia di essere fortemente ridimensionata (per non dire pretermessa) non solo in fase di emanazione del provvedimento restrittivo ex art. 41-bis, comma 2, o.p., ma anche - e soprattutto - in sede di tutela giurisdizionale dei diritti.

481CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 226; CESARIS L., *Situazioni di emergenza*, cit., p. 479.

Per questa ragione si ritiene opportuno che in un futuro intervento legislativo si ripristini quanto statuito dall'originario comma 2-sexies in merito al giudizio di congruità delle prescrizioni.

Sezione III

Fotografia della situazione attuale.

Proposte di modifica

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Dati statistici - 3. Proposte di modifica: le conclusioni degli Stati generali dell'esecuzione penale - 3. 1. Tavolo 2: relazione conclusiva - 3. 2. Le modifiche propugnate - 3. 3. Tavolo 16: riflessioni generali - 4. Considerazioni. Bilanciamento di interessi

1. Introduzione

La sezione conclusiva si aprirà con la presentazione dei più recenti dati statistici inerenti al regime differenziato 41-bis, utili a rendere una fotografia tangibile dell'applicazione attuale di questo istituto.

Si darà, poi, conto della proposta di modifica elaborata dagli Stati generali dell'esecuzione penale, formulata ad aprile 2016 e, dunque, recentissima.

Da ultimo, verranno svolte considerazioni personali in merito alla possibilità di perseguire una disciplina legislativa in cui le opposte esigenze securitarie e garantiste siano temperate e tra di loro bilanciate.

2. Dati statistici

Molti sono i dati a nostra disposizione elaborati dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (D.A.P.) a proposito del regime detentivo ex art. 41-bis, comma 2, o.p.

Per ragioni di trasparenza e allo scopo di facilitare l'azione del legislatore, il D.A.P. fornisce ogni anno il numero di decreti ministeriali emessi nonché la cifra definitiva relativa alle persone assoggettate a esecuzione penale differenziata; tale obbligo è stabilito dall'art. 5, l. 23 dicembre 2002, n. 279.

Queste statistiche rappresentano la fonte ufficiale di cui si servono le Commissioni parlamentari, che con cadenza triennale redigono la 'Relazione sullo stato di attuazione della legge recante modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario'.

L'ultima relazione parlamentare a riguardo è stata presentata alla Camera dei Deputati dall'allora Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti col

Parlamento Maria Elena Boschi il 26 maggio 2015 e trasmessa alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 25 giugno successivo.

Tale documento riferisce l'andamento del regime istituito dall'art. 41-bis, comma 2, o.p. nel triennio 2012-2014 e riporta, dunque, la fotografia più recente dell'applicazione del regime differenziato.

Nella relazione non mancano numeri riferiti anche al 2015, con la precisazione che si tratta, come ovvio, di dati parziali perché riguardanti il primo semestre dell'anno.

Sono già stati esposti nella Sez. I i dati riferiti al primo decennio di applicazione dell'istituto esaminato; i dati riportati nella tabella sottostante si riferiscono, dunque, al periodo successivo alla stabilizzazione dell'art. 41-bis, comma 2, o.p. (2003-2015⁴⁸²);

Anno	Totale DM emessi	DM di prima applicazione	DM di riapplicazione	DM di rinnovo	DM annullati dal Tribunale di sorveglianza	Collaboratori di giustizia	Totale detenuti in 41-bis a fine anno
2003	636	68	22	546	72	10	623
2004	622	49	13	560	34	3	604
2005	597	52	21	524	53	2	577
2006	561	69	14	478	89	5	526
2007	624	128	27	469	66	10	586
2008	532	90	18	424	68	7	587
2009	594	116	27	451	37	12	646
2010	349	91	13	245	33	8	680
2011	364	68	14	282	27	15	673
2012	267	51	20	196	9	7	699
2013	347	50	51	282	13	10	708
2014	334	60	22	252	17	8	722
2015	97	29	5	63	3	6	733

È interessante notare come, a dispetto del diminuito numero di decreti annualmente emessi, non sembri scemare la cifra complessiva dei detenuti ristretti a regime 41-bis.

Ciò si motiva col fatto che la durata del regime sospensivo è ora stata allungata a un tempo predeterminato di quattro anni, prorogabile per un numero indefinito di volte per un tempo di due anni; è allora diminuito il totale dei decreti ministeriali in termini assoluti, ma è rimasto invariato, o continua a salire, quello

⁴⁸²I dati relativi al 2015 sono parziali, perché, come precisato nella relazione ministeriale, sono aggiornati al 26 maggio 2015.

relativo ai detenuti assoggettati a sospensione delle ordinarie regole di trattamento.

Dato ulteriore, sino ad ora trascurato, riguarda la ripartizione dei detenuti in regime di 'carcere duro' tra le diverse associazioni criminali di provenienza.

Parallelamente a quanto compiuto nel primo capitolo con riferimento ai collaboratori di giustizia (cfr. Cap. 1, § 3.4.1.), sembra infatti interessante comprendere quali gruppi malavitosi contino il maggior numero di affiliati/boss assoggettati a trattamento esecutivo differenziato, indice concreto della pericolosità sociale che le autorità preposte riconnettono a ciascuna delle organizzazioni considerate.

Nella tabella sottostante è, dunque, fotografata la situazione odierna (maggio 2015); il numero complessivo non coincide col totale delle persone assoggettate a regime 41-bis, comma 2, o.p., in quanto non rientrano nel computo i pochi, ma pur presenti, soggetti cui è applicata la detenzione speciale in ragione di altro reato tra quelli elencati nella 'prima fascia' dell'art. 4-bis o.p.

Organizzazione	Affiliati in regime 41-bis, comma 2, o.p.
Camorra	299
Cosa Nostra	207
'Ndrangheta	149
Sacra Corona Unita	21
Mafia pugliese (non S. C. U.)	25
Mafia siciliana (non Cosa Nostra)	18
Stidda	6
Mafia lucana	1
Altri gruppi	4
Totale	730

Il dato è perfettamente in linea con quello sulla collaborazione di giustizia; la Camorra campana conta il numero maggiore di detenuti in regime 41-bis, superando di gran lunga Cosa Nostra, l'organizzazione siciliana su cui si erano focalizzati i maggiori sforzi investigativi nei primi anni di vigenza dell'istituto.

Coerente è anche la cifra relativa alla 'Ndrangheta calabrese: il minor numero di detenuti assoggettati a trattamento di rigore non è affatto indice di minore pericolosità dell'associazione, ma è il risultato della difficoltà con cui vengono svolte le indagini antimafia con riferimento a un gruppo criminale particolarmente coeso.

Ad aprile 2016 è stato, peraltro, redatto dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani il 'Rapporto sul regime detentivo

speciale. Indagine conoscitiva sul 41-bis', che fornisce interessanti dati in merito all'andamento dell'applicazione della norma in esame; come sempre, la fonte originaria è costituita dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

In tale relazione viene fotografata la dislocazione dei detenuti in regime esecutivo differenziato sul territorio nazionale al 31 dicembre 2015.

Giova a questo proposito ricordare infatti che non tutti gli istituti di detenzione sono preordinati alla custodia dei soggetti a cui deve essere applicato il regime restrittivo differenziato, ma solo alcuni di essi, ovvero, allo stato delle cose, quelli elencati nella tabella sottostante.

Istituto penitenziario⁴⁸³	Detenuti in regime 41-bis, comma 2, o.p.
Ascoli Piceno CC	43
Cuneo CC	22
L'Aquila CC	124
L'Aquila CCF	7
Novara CC	70
Parma CR	64
Roma Rebibbia CCNC	45
Sassari CC	88
Spoletto (PG) CR	82
Tolmezzo (UD) CC	18
Viterbo CC	51
Terni CC	27
Opera (MI) CR	84
Totale	729

L'ubicazione, perlopiù settentrionale, di questi istituti non è elemento casuale; si ricorderà che lo stesso comma 2-quater dell'art. 41-bis o.p. si apre con la prescrizione secondo cui: "I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria".

Aldilà di alcune imprecisioni lessicali con cui si esprime il legislatore, è chiaro l'intento da cui muove una simile previsione: allentare i contatti con

⁴⁸³Gli acronimi accanto al nome del singolo istituto penitenziario permettono di distinguerne la tipologia: CC è Casa Circondariale; CR è Casa di Reclusione; CCF è Casa Circondariale Femminile; CCNC, riferita al carcere di Roma Rebibbia, è Casa Circondariale Nuovo Complesso.

l'ambiente criminale di provenienza, trasferendo sistematicamente i detenuti dai luoghi in cui le consorterie mafiose operano e sono maggiormente radicate.

Altro dato degno di nota riguarda la posizione giuridica dei soggetti sottoposti a regime differenziato.

Come già osservato in altra sede, l'istituto in esame può essere applicato a condannati, imputati o internati, che si trovino in condizione di restrizione della libertà personale in ragione di una delle condotte stabilite dal primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p.

Mentre i limiti all'accesso dei benefici penitenziari e delle misure alternative è stabilito dalla legge limitatamente a soggetti che abbiano ricevuto condanna definitiva, trattandosi di preclusioni che vanno ad incidere sul percorso trattamentale della persona, il regime di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p. è applicabile a molteplici categorie di ristretti.

Posizione giuridica	Detenuti in regime 41-bis, comma 2, o.p.
Definitiva	45,06 %
In attesa di primo giudizio	8 %
Appellanti	5,0 %
Ricorrenti	5,6 %
Internati	0,5 %
Posizione giuridica mista non definitiva	6,7 %
Posizione giuridica mista definitiva	28,5 %

Analizzando la tabella si riscontra come si tratti, quasi nella metà dei casi, di soggetti con posizione giuridica definitiva, il che sta a significare come il regime di 'carcere duro' interessi soprattutto individui la cui pericolosità sociale, in ragione dell'appartenenza o della forte contiguità a gruppi malavitosi, è stata accertata giudizialmente attraverso un processo.

Non mancano poi i casi, peraltro numericamente consistenti, di persone con posizione giuridica non definitiva: in relazione a tali situazioni si pongono i maggiori dubbi di legittima applicazione del regime restrittivo differenziato; la loro pericolosità sociale non è ancora stata provata in giudizio con sentenza definitiva di condanna, ma è desunta dalla condotta ascritta al singolo soggetto e dalla presenza di ulteriori indizi di colpevolezza.

3. Proposte di modifica: le conclusioni degli Stati generali dell'esecuzione penale

Analogamente a quanto accaduto per l'art. 4-bis o.p., diverse sono state le proposte di modifica avanzate con riferimento al dettato di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p.

Nonostante il regime differenziato sia stato generalmente considerato indispensabile quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata, e sia stato valutato come legittimo in diverse pronunce dalla Corte Costituzionale, non mancano profili di problematicità, oggetto di dibattito in dottrina come in giurisprudenza; molti di questi sono stati sollevati anche nel corso del presente elaborato.

Una proposta molto interessante è stata formulata di recente dagli Stati generali dell'esecuzione penale; istituiti per volontà del Ministro della Giustizia Andrea Orlando con D.M. 8 maggio 2015⁴⁸⁴, i lavori dei 18 Tavoli interdisciplinari sono stati avviati il 19 maggio 2015 all'istituto di Bollate (MI) e si sono conclusi il 19 aprile 2016 a Rebibbia (Roma)⁴⁸⁵.

Si è trattato di un percorso di riflessione e approfondimento, durante il quale personalità esperte del sistema penitenziario (non solo giuristi) hanno dibattuto e formulato proposte di intervento in materia di esecuzione penale, con l'obiettivo di vedere quanto prima concretizzato un modello trattamentale sempre più orientato a valorizzare i principi cristallizzati dalla Carta costituzionale e dalla CEDU⁴⁸⁶.

Ogni Tavolo si è occupato di un diverso ambito tematico adottando una prospettiva che superasse quella esclusivamente giuridica, inevitabilmente "fallimentare (...) a fronte della pluralità di sfaccettature che presenta l'esecuzione penale"⁴⁸⁷.

Degni di nota, per il tema qui esaminato, sono i lavori conclusivi dei Tavoli 2 e 16, rispettivamente concernenti "Vita detentiva. Responsabilizzazione del

484Il mandato ministeriale era limitato alla riforma del sistema di esecuzione penale in conformità al disegno di legge delega per la revisione dell'ordinamento penitenziario (D.D.L. n. 2067); fornisce la cornice di riferimento: PELISSERO M., *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *'Dir. pen. proc.'*, 2016, f. 9, p. 1125 ss.

485Queste informazioni sono pubblicate sul sito del Ministero della Giustizia all'indirizzo www.giustizia.it.

486In un passaggio del suo editoriale Marco Pelissero riassume perfettamente la *ratio* ispiratrice dei lavori: "La dignità dei detenuti si attua (...) principalmente riconoscendo loro determinati diritti in un contesto che tende a comprimerli"; così in: PELISSERO M., *Gli stati generali sull'esecuzione penale*, cit., p. 1127.

487PELISSERO M., *Gli stati generali sull'esecuzione penale*, cit., p. 1126. Pone l'accento sull'interdisciplinarietà dell'approccio anche Glauco Giostra, che in un contributo precedente all'inizio dei lavori dei Tavoli ha parole di apprezzamento rispetto alla volontà di "affiancare alla riforma legislativa (...) una iniziativa inedita"; così in: GIOSTRA G., *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *'Quest. giust.'*, 2015, f. 2, p. 64 ss.

detenuto, circuiti e sicurezza" e "Trattamento. Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo".

La trattazione delle riflessioni procederà con ordine; particolare attenzione merita la proposta di modifica elaborata dal Tavolo 2, al quale verrà, dunque, riservato uno spazio di analisi maggiore.

3.1. Tavolo 2: relazione conclusiva

Tra i principali obiettivi di questo Tavolo vi era quello di formulare "proposte organizzative ed, eventualmente, di modifica normativa" in riferimento alla "concreta applicazione del regime speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit."⁴⁸⁸.

Nell'*abstract* di accompagnamento alla relazione viene specificato come, pur essendo condivisa la necessità di un suo mantenimento, sembra indifferibile l'adeguamento del regime differenziato ai più avanzati orientamenti giurisprudenziali, costituzionali ed europei, nell'ottica di un superamento delle restrizioni aventi carattere meramente afflittivo e, dunque, non necessarie al perseguimento dei fini cui il regime 41-bis è preordinato dalla legge.

I lavori del Tavolo sono stati fruttuosi ed è stato presentato un vero e proprio articolato di riforma, già completo per essere traslato in un'eventuale proposta/disegno di legge.

Le modifiche elaborate riguardano molteplici aspetti della disciplina stabilita dall'art. 41-bis, comma 2 ss., o.p.

Motivo ispiratore della riscrittura della norma sembra potersi rinvenire nella volontà di ripristinare alcune disposizioni stabilite dalla legge *ante* riforma del 2009.

Si sono già svolte considerazioni a proposito della novella 94/09 e dei relativi limiti: è sufficiente qui ricordare che la legge ha inciso in senso deteriore sugli spazi di libertà residuale dei detenuti in regime 41-bis e che ha introdotto un generale accentramento di potere in mano al Tribunale di Sorveglianza di Roma, che è stato investito del compito di decidere in merito alla legittimità dell'applicazione e della proroga dei provvedimenti applicativi.

I lavori del Tavolo avevano, dunque, quale scopo prioritario quello di espungere dall'ordinamento eventuali prescrizioni incoerenti con gli obiettivi di neutralizzazione e recisione delle comunicazioni illecite e confermare solo quelle limitazioni effettivamente utili e compatibili con i principi di uno Stato democratico.

⁴⁸⁸Così affermato sulla pagina web del Ministero della Giustizia, aggiornata al 5 febbraio 2016 e dedicata alla formulazione degli obiettivi del Tavolo 2; si veda www.giustizia.it.

3.2. Le modifiche proposte

Procedendo nell'ordine con cui verrebbero inserite le modifiche di legge, un primo intervento riguarderebbe il comma 2 dell'art. 41-bis o.p.; laddove oggi il legislatore prevede l'unificazione delle pene, che vanno considerate un *unicum* indissolubile in termini di regime esecutivo, si promuove l'accoglimento dell'opposto principio di scomputo dei reati, al fine di scongiurare disparità di trattamento e superare un dettato ritenuto da molti ingiustificato e solamente vessatorio.

La proposta si concretizzerebbe nella mera abrogazione della disposizione conclusiva del comma 2 (unificante pene il cui titolo di reato sia riconducibile alle fattispecie del primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p. e pene eseguite in ragione di reato comune), che non verrebbe sostituita da una norma di segno opposto.

A parere di chi scrive, l'opzione abrogatrice in mancanza di positivizzazione del principio che si intende affermare potrebbe ingenerare nuovi dubbi applicativi, posto che, anche indipendentemente dal dettato legislativo, i giudici di legittimità hanno sempre accolto la tesi della necessità di unificazione delle pene ai fini dell'assoggettamento al regime di rigore.

Sembra allora opportuno inserire un'apposita statuizione, dalla quale non possano originare fraintendimenti interpretativi e che dirima definitivamente la questione.

Un secondo intervento riguarderebbe la durata ordinaria del regime differenziato e delle proroghe successive.

Con la riforma del 2009 è stata innalzata la durata del regime 41-bis, che risulta ora non modulabile in base alle concrete esigenze di ordine pubblico e sicurezza; il vigente comma 2-bis, che stabilisce un provvedimento di durata quadriennale e proroghe successive di due anni, verrebbe così modificato: "Il provvedimento medesimo ha durata non inferiore ad un anno e non superiore a due ed è prorogabile nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno".

Come affermato nella presentazione della modifica, si reintrodurrebbe "un criterio più rispondente alla necessità che le limitazioni imposte durino il tempo indispensabile e siano congrue e proporzionate agli obiettivi perseguiti rispetto alla posizione individuale del destinatario", in una prospettiva che valorizzi l'individualizzazione del trattamento penitenziario (art. 13 o.p.) senza ledere le aspettative in termini di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Il cuore della proposta è, poi, costituito dalle modifiche suggerite all'attuale comma 2-quater, nel quale sono elencate le limitazioni conseguenti all'applicazione del regime restrittivo.

Innanzitutto verrebbe abrogata la lett. a), che si atteggia ora a vera e propria clausola di chiusura, a dispetto della sua collocazione a inizio elenco.

L'attuale formula è molto generica e comporta, a detta di molti, una frustrazione delle finalità per cui fu introdotto il comma 2-quater con l. 279/02.

Se nelle lettere successive il legislatore si è sforzato di stabilire puntualmente la tipologia di restrizioni imponibili, nella lett. a) si stabilisce la possibilità che siano liberamente determinabili dall'Amministrazione penitenziaria ulteriori limitazioni in ragione della "necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate".

È evidente che una siffatta norma non sia compatibile in termini di tipizzazione delle prescrizioni imponibili, perché impedisce che l'elenco di cui al comma 2-quater costituisca effettivamente un *numerus clausus*.

L'espunzione dall'ordinamento di questa disposizione comporterebbe di conseguenza una rinominazione delle lettere successive.

In ordine alle restrizioni adottabili con provvedimento di rigore, prevede il progetto di riforma:

- un innalzamento della durata massima del colloquio mensile a due ore (non più una);
- che il colloquio telefonico sostitutivo sia prolungato a trenta minuti (ora solo dieci);
- una diversa modalità di svolgimento del colloquio visivo con i minori infradodicesenni, che deve svolgersi senza vetri divisorii e ammettendo la presenza di altri familiari, a cui verrebbero comunque applicate le prescrizioni ordinarie;
- una migliore armonizzazione tra norme in materia di limiti alla corrispondenza. Si suggerisce in questo senso che venga inserito al dettato della lett. e) un riferimento alla necessità che la ricezione di libri e riviste a stampa venga autorizzata previo decreto motivato;
- l'innalzamento delle ore destinate alla permanenza all'aperto (ora due, comprese quelle riservate alla socialità). In particolare si prevede la fruizione di quattro ore totali, di cui due ore d'aria strettamente intese e due dedicate ad attività ricreative;
- l'espunzione di prescrizioni meramente afflittive, quale il divieto di cuocere cibo, stabilita in chiusura dalla lett. f).

Con riferimento alla materia del reclamo, imprescindibile strumento di garanzia per il detenuto in regime 41-bis, viene suggerita una modifica radicale del criterio di attribuzione della competenza al Tribunale di Sorveglianza.

La novella 94/09 ha accentrato tale competenza nelle mani del Tribunale di Sorveglianza di Roma, che decida ora in via esclusiva sulla legittimità dei presupposti del provvedimento applicativo e delle sue, eventuali, proroghe.

Secondo i partecipanti ai lavori del Tavolo 2 tale competenza accentrata (conseguente all'utilizzo di un criterio funzionale) sarebbe lesiva del principio del giudice naturale di cui all'art. 25, comma 1, Cost.

Si propone, dunque, di ripristinare l'originaria previsione, introdotta con l. 279/02, secondo cui competente a valutare la legittimità della sottoposizione al regime differenziato sarebbe il Tribunale di Sorveglianza del *locus custodiae*.

In particolare il secondo periodo del comma 2-quinquies verrebbe così modificato: "Il reclamo è presentato nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto di pena al quale il detenuto o l'internato è assegnato".

Queste, dunque, le modifiche propuginate nel progetto di riforma; nella 'Relazione di accompagnamento' si forniscono indicazioni provenienti dalla giurisprudenza, nazionale ed europea, tese a suggerire l'implementazione di un regime differenziato sempre più orientato a promuovere le pressanti esigenze di garanzia e di tutela dei diritti fondamentali della persona (e del detenuto).

3.3. Tavolo 16: riflessioni generali

Molto più generali sono, invece, le indicazioni fornite dal Tavolo 16, il quale rinvia ai lavori del Tavolo 2 per la lettura di un progetto di riforma dettagliato.

Nella 'Relazione conclusiva' si specifica che la disciplina del regime 41-bis debba essere modificato tenendo conto di un "corso riformatore della giustizia in senso liberale, evoluto e democratico" e che un intervento ispirato a questi principi "non lo impone soltanto il senso di umanità o il rispetto della Costituzione e delle Convenzioni, ma anche e soprattutto il fatto che lo Stato deve dimostrare che è proprio il rispetto della legalità a renderlo più forte della criminalità"⁴⁸⁹.

Quest'aspetto, che verrà approfondito nel prosieguo, merita una nota particolare; a parere di chi scrive, tale riflessione coglie infatti un punto fondamentale: nella prospettiva di apprestare strategie di contrasto alla criminalità organizzata, il potere statale evidenzia la propria superiorità applicando i principi di diritto che si è liberamente dato senza sconfinare nel libero arbitrio.

489Relazione conclusiva dei lavori del Tavolo 16, p. 26.

L'atteggiamento di uno Stato che, al contrario, disapplichì questi principi fa trasparire la propria debolezza e l'incapacità di gestire il fenomeno mafioso, trattandolo sempre come emergenziale.

Nella medesima relazione, i partecipanti al Tavolo hanno, infine, maturato l'auspicio che "una riforma della disciplina contenuta nell'art. 41-bis, ord. penit., possa limitare gli ostacoli al trattamento penitenziario e alla stessa vita detentiva ed affidare al solo Giudice il potere di applicazione del regime ivi previsto, su richiesta della Procura della Repubblica, nel contraddittorio delle parti"⁴⁹⁰.

La riflessione del Tavolo si sostanzia qui in una vera e propria proposta di modifica, che non si concretizza, però, in un articolato di legge.

Il suggerimento merita comunque di essere approfondito in futuro in sede dottrinale; l'accoglimento di tale istanza comporterebbe uno stravolgimento del procedimento di applicazione del regime restrittivo.

Non sarebbe infatti indifferente se, anziché il Ministro della Giustizia, fosse chiamato l'organo giurisdizionale a decidere *an* e *quomodo* del provvedimento applicativo; presumibilmente la competenza sarebbe attribuita al giudice naturale dell'esecuzione penale, ovvero il Tribunale di Sorveglianza, al quale è ora solo riservato un potere di sindacabilità *ex post* e limitato ai presupposti del provvedimento stesso.

La proposta avanzata dai partecipanti al Tavolo prevedrebbe, poi, che l'assoggettamento a regime differenziato possa conseguire solo a procedimento giurisdizionale in cui sia stato assicurato il contraddittorio tra le parti; si tratterebbe anche in questo caso di una modifica molto rilevante, considerato il fatto che ad oggi non si è mai messa in discussione la previsione che il potere esecutivo eserciti tale competenza e provveda ad emanare l'eventuale decreto ministeriale in mancanza di contraddittorio e inibendo, dunque, al detenuto o all'internato di intervenire a difesa della propria posizione.

4. Considerazioni. Bilanciamento di interessi

In chiusura di capitolo, sembra giunto il momento di svolgere alcune considerazioni personali in merito alla legittimità della disciplina esaminata, sia sotto un punto di vista generale sia con riferimento a singoli profili.

A parere di chi scrive, non sembra doversi mettere in discussione l'opportunità di un regime maggiormente restrittivo cui assoggettare le personalità più pericolose della criminalità organizzata, una volta che queste siano state assicurate alla giustizia.

È la cronaca giudiziaria a fornire quotidianamente elementi a favore di questa tesi; moltissimi sono i casi, riguardanti trasversalmente le diverse consorterie mafiose, da cui emerge la palese inadeguatezza della detenzione

⁴⁹⁰Relazione conclusiva dei lavori del Tavolo 16, p. 26.

comune in termini di recisione dei contatti con la compagine criminale di provenienza⁴⁹¹.

La necessità di mantenere in vigore il regime 41-bis a distanza di tempo dall'emergenza dei primi anni '90 scaturisce proprio da questa constatazione e non sarebbe corretto affermare che dietro alla previsione di un trattamento così restrittivo vi sia un'impostazione meramente ideologica⁴⁹².

Si è, peraltro, osservato in dottrina che, in mancanza di una siffatta disciplina, si rischierebbe di concedere spazi di discrezionalità troppo ampi all'Amministrazione penitenziaria; sulla falsariga di quanto avvenuto con la creazione delle carceri di massima sicurezza negli anni '80, utilizzate per contenere la capacità dei *leader* terroristici di fare proselitismo e impartire direttive dall'interno del carcere, si può realisticamente immaginare che le restrizioni nei confronti dei detenuti mafiosi non verrebbero meno e, anzi, rimarrebbero silenziose e sarebbero sottratte al bilanciamento di interessi operato in sede legislativa e al giudizio di legittimità svolto da un giudice terzo ed imparziale.

Paradossalmente, quanto stabilito dall'art. 41-bis, comma 2 ss., o.p. incide negativamente in termini di sofferenza procurata ai soggetti ristretti, ma svolge una funzione di garanzia a tutela dei diritti inalienabili della persona e a salvaguardia dei suoi residuali spazi di libertà⁴⁹³.

Dalla generale opportunità del regime differenziato non discende, però, in maniera consequenziale che i singoli aspetti della disciplina siano stati normati adeguatamente e, soprattutto, in conformità ai principi di diritto propri di una società democratica.

L'oggetto del dibattito sembra allora doversi circoscrivere non tanto alla necessità dell'art. 41-bis quale strumento di contrasto al crimine mafioso, quanto alla sua possibile revisione in termini sempre più garantisti⁴⁹⁴.

491DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 309.

492Il riferimento corre alla posizione di chi sostiene, al contrario, che il regime 41-bis sia privo di utilità e che svolga una funzione eminentemente simbolica; tra tutti Massimo Pavarini, secondo il quale attraverso il 'carcere duro' si intende rappresentare i "nemici mafiosi come non persone", ovvero - parafrasando l'autore - il rigore imposto avrebbe come finalità quella di comprimere la soggettività del detenuto fino a renderlo oggetto nelle mani della potestà punitiva statale. Si rimanda comunque al contributo da cui è stata tratta l'espressione citata: PAVARINI M., *Il 'carcere duro' tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *'Criminalia'*, 2007, p. 272. Per una posizione analoga: FIORIO C., *La stabilizzazione delle 'carceri-fortezza': modifiche in materia di ordinamento penitenziario*, in MAZZA O., VIGANÒ F. (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, Giappichelli, p. 395.

493DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 311.

494Di "perfettibile" strumento parla Angela Della Bella, secondo la quale il regime speciale è irrinunciabile per quanto "odioso", ma deve essere calibrato in base alla reale necessità di interrompere i contatti potenzialmente facinorosi e non deve protendere alla vessazione fine a se stessa; così in: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale*

A parere di chi scrive andrebbe ad esempio valorizzata la prospettiva recentemente adottata dagli Stati generali dell'esecuzione penale; aldilà di alcune scelte di merito, attorno alle quali non necessariamente si deve raccogliere unanime consenso, sembra, però, potersi elogiare l'approccio interdisciplinare da cui i lavori hanno mosso nonché la volontà di perseguire un bilanciamento di interessi, che contemperino in maniera equilibrata le diverse esigenze in campo senza svilimento del principio dell'inviolabilità della dignità umana.

Volendo conferire concretezza argomentativa, valutazioni personali spingono a porre l'accento sulla necessità di investire la Magistratura di Sorveglianza di maggiori poteri decisionali; sembra doversi rigettare l'atteggiamento del legislatore, che comprime gli spazi di discrezionalità giudiziale per timore di un possibile abbassamento della soglia di attenzione nei confronti della pericolosità rappresentata dal crimine organizzato.

Un compromesso potrebbe essere raggiunto qualora al Ministro della Giustizia continuasse ad essere riservato il potere di applicazione del regime speciale e, al contempo, al Tribunale di Sorveglianza fosse restituita la facoltà di sindacare sulla congruità delle prescrizioni imposte.

In questo modo il potere giudiziario riacquisterebbe influenza, mentre al momento sembra essere stato quasi confinato ad un potere di ratifica (nonostante il permanere del sindacato sui presupposti).

È, poi, convinzione dello scrivente che il regime 41-bis, se proprio non modulabile in base alle esigenze scaturenti dal caso individuale, debba essere applicato scevro da limitazioni della libertà personale di carattere meramente afflittivo: un caso emblematico è costituito dalla previsione di cui alla lett. f) del comma 2-quater inerente al divieto di introdurre nel penitenziario alimenti richiedenti la cottura, che non riveste alcuna funzione in termini di allentamento dei contatti con la criminalità organizzata.

La stessa motivazione, ovvero espungere disposizioni vessatorie e non finalizzate agli obiettivi di neutralizzazione stabiliti dall'ordinamento, spinge a dover escludere dal dettato normativo il testo della lett. a) dello stesso comma 2-quater, laddove permettere all'Amministrazione penitenziaria di adottare le misure che ritiene più idonee al perseguimento degli scopi del regime 41-bis comporta inevitabilmente che siano imposte limitazioni preventivamente non tipizzate e sottratte a controllo di legittimità, con conseguente maggior pericolo di un loro contenuto afflittivo e non altrimenti motivato.

prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?, cit., p. 311. L'autrice aveva già espresso questo concetto in una sua precedente monografia, alla quale si rinvia per un approfondimento: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale ex art. 41 bis ord. penit.*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 90.

Queste sono solo alcune delle modifiche che si potrebbero suggerire; in altra sede sono state svolte altre considerazioni, alle quali, dunque, si rimanda.

Pur nella consapevolezza di non aver esaurito tutte le tematiche coinvolte, scopo di queste note conclusive era quello di svolgere alcune riflessioni generali, al fine di consentire - seppur brevemente - una visione di insieme della disciplina, che si caratterizza per una molteplicità di aspetti variamente intrecciati e non sempre distinguibili nettamente.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La mafia come fenomeno culturale - 3. Il ruolo del diritto penitenziario - 4. Il 'doppio binario' - 4.1. La collaborazione di giustizia - 4.2. I limiti alla concessione dei benefici penitenziari - 4.3. La sospensione temporanea delle normali regole di trattamento - 5. Note conclusive

1. Premessa

Nel corso del presente elaborato si è cercato di analizzare gli istituti di diritto penitenziario scelti dal legislatore quali strumenti di contrasto al crimine mafioso, mantenendo un atteggiamento quanto più possibile imparziale e dando spazio alle differenti sensibilità espresse dagli esponenti della dottrina e dalla giurisprudenza ai suoi diversi livelli.

Evitando di assumere una posizione pregiudiziale, che in qualche modo andasse a viziare l'obiettività della ricerca, sono stati esposti i contenuti che si ritenevano maggiormente interessanti al fine di una corretta valutazione in merito alla legittimità e all'utilità degli istituti stessi.

Non si ha ragione di nascondere che alcune opinioni personali sono addirittura mutate *in itinere* e ciò a dimostrazione del fatto che il lavoro è stato orientato alla sincera comprensione dei punti di forza ovvero di debolezza della legislazione analizzata.

In particolare, è stato possibile constatare che in numerose occasioni sono state introdotte discipline di forte impatto emotivo, senza che ciò fosse preceduto da un adeguato dibattito parlamentare, indispensabile quando si adottano decisioni fortemente impattanti sulla libertà personale.

Leggendo i contributi di molti autori nonché della stessa giurisprudenza, è stato possibile rispondere ad un quesito fondamentale: per quale ragione il legislatore debba perseguire un equilibrio tra le esigenze di difesa sociale e le istanze di risocializzazione e di garantismo con riferimento a soggetti colpevoli di atroci delitti e assolutamente indifferenti al rispetto delle più basilari regole di democrazia.

La risposta è in realtà molto semplice e, a ben guardare, si ritrova nei principi che informano il nostro ordinamento.

È indubbio che determinati delitti ingenerino nella maggior parte dei consociati un sentimento di rancore, che non lascia spazio ad alcuna forma di *pietas*.

Ma è esattamente questo il punto: indipendentemente dalle opinioni personali e dai giudizi morali della collettività, uno Stato di diritto dovrebbe ragionare in maniera obiettiva estromettendo dalla riflessione giuridica l'etica individuale.

E in questa rinnovata prospettiva sembra allora incompressibile la necessità di considerare tutte le esigenze, quelle di prevenzione generale come quelle di prevenzione speciale, allo scopo di adottare decisioni che rappresentino un reale bilanciamento tra valori egualmente meritevoli di tutela.

Solo tendendo ad un siffatto equilibrio lo Stato di diritto si manifesta come tale, impedendo che coloro che vengono assoggettati a restrizione della libertà personale possano divenire oggetto di arbitrio da parte delle autorità statuali.

2. La mafia come fenomeno culturale

Come si ricorderà, le pagine introduttive sono state dedicate alla comprensione del contesto storico in cui è maturata la necessità di approntare strumenti di contrasto al crimine organizzato di matrice mafiosa.

Prima ancora che condotta penalmente rilevante e giuridicamente ascrivibile ad una particolare etichetta, il fenomeno mafioso è fatto fortemente connotato socialmente e caratterizzato da modalità operative che lo differenziano dalle altre fattispecie associative.

Le peculiarità che contraddistinguono la criminalità mafiosa trovano radici molto lontane nel tempo: conoscere le ragioni che hanno condotto alla nascita e allo sviluppo di tale realtà non è questione che può essere confinata al mero interesse storico; un'analisi approfondita è elemento dirimente per elaborare adeguate strategie di lotta, in quanto molteplici sono i fattori da tenere in considerazione.

La mafia non costituisce una forma di criminalità comune: la sua articolazione interna è piuttosto complessa, varia a seconda dell'organizzazione specifica, e si connota per la forza dei vincoli omertosi che legano a vita gli affiliati.

Origina da particolari contesti sociali, di cui peraltro si nutre, ed espande la propria influenza ben oltre il singolo episodio delittuoso, andando a creare una rete fittissima di collegamenti e connivenze a diversi livelli.

A differenza di altri gruppi facinorosi, i sodali mafiosi non condividono un'ideologia, un orientamento politico o religioso, ma le loro azioni sono indirizzate al mero rafforzamento dell'associazione stessa, che intende imporsi *de facto* come un'alternativa alle istituzioni democratiche; non a caso il terreno più fertile per la nascita e il consolidamento di questo fenomeno è costituito

dalla presenza di un tessuto sociale fragile, in cui le agenzie del controllo formale appaiono assenti e manca uno sguardo lungimirante da parte delle istituzioni politiche.

Le mafie impongono regole antinomiche rispetto a quelle dello Stato di diritto e si atteggiavano a vere e proprie entità antistatali, che aspirano al raggiungimento degli scopi che si sono autonomamente conferite: l'arricchimento dell'organizzazione ai danni della collettività e in sfregio alle più banali regole di convivenza civile, servendosi, se necessario, di minacce e violenza.

Di qui la definizione di metodo mafioso, che si realizza, a norma dell'art. 416-bis, comma 3, c.p., nell'avvalersi "della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare a sé voti o ad altri in occasione di consultazioni elettorali".

La difficoltà nel debellare la delinquenza di tipo mafioso deriva dal fatto che, nonostante le dure sanzioni paventate sul piano penalistico, aderire a tale subcultura criminale rappresenta spesso ancora oggi l'unica possibilità di guadagno in aree del Paese assai depresse dal punto di vista economico e sociale.

Ci sono zone in cui la percezione comune è quella di uno Stato nemico e di una mafia amica, ragione che rende più gravoso il lavoro di contrasto portato avanti dagli attori a diverso titolo coinvolti.

Ragionare di questi temi potrebbe sembrare azzardato, se non del tutto fuoriluogo, per un'analisi che pretenda di essere strettamente giuridica.

In realtà così non è, come dimostra la necessità di una formazione specifica in capo alle forze dell'ordine e ai magistrati, che con caparbia indirizzano i propri sforzi repressivi in questo ambito.

Da questa consapevolezza nacque l'idea di una Procura Nazionale Antimafia, poi istituita a partire dal 1992⁴⁹⁵, che coordinasse a livello nazionale le attività di indagine svolte localmente dalle procure distrettuali antimafia e che focalizzasse la propria attenzione investigativa verso tale peculiare categoria di reati, che richiede una profonda conoscenza del contesto sociale in cui operano i relativi gruppi criminali e delle 'norme' che ne regolano l'esistenza stessa.

Questa lunga premessa è funzionale allo svolgimento di una serie di considerazioni: se la mafia quale fenomeno sociale nasce e si radica in determinati contesti socio-culturali, forse bisognerebbe partire proprio da

495 Fortemente voluta da Giovanni Falcone, la D.N.A. fu istituita con d.l. 20 dicembre 1991, n. 367, conv. in l. 20 gennaio 1992, n. 8; cfr. Introduzione, § 1.6.

quest'ultimi e formulare in maniera programmatica iniziative di slancio e ripresa economica.

Detto con una terminologia meno altisonante, la questione principe che la classe politica dovrebbe affrontare è quella del rilancio di intere aree del Paese, in cui a molti cittadini non viene fornita altra possibilità che imboccare la strada della delinquenza di matrice mafiosa, particolarmente pericolosa in quanto non lascia spazio a ripensamenti.

Appare del tutto evidente che la proliferazione di condotte come queste sarà sempre possibile finché ci saranno aree particolarmente degradate e prive di adeguato sostegno, in cui non vengono forniti strumenti di scelta e il proselitismo risulta facilitato.

Da queste generali constatazioni traspare allora la convinzione che non sia possibile debellare il fenomeno mafioso in mancanza di scelte politiche che impattino in maniera strutturale sull'attuale assetto socio-culturale di intere regioni, servendo a ben poco destinare la gran parte delle risorse ad attività di mera repressione giudiziaria.

Sia ben inteso: non si intende qui sminuire il lavoro, certamente necessario, svolto con indefessa passione dalle forze di polizia e dalla magistratura requirente; sembra, però, opportuno rivalutarlo in prospettiva di un suo più corretto affiancamento a programmi che agiscano anche sotto profili diversi, siano essi di tipo giuridico o extragiuridico.

Non è, dunque, pensabile immaginare che con la mera repressione statutale siano raggiungibili risultati duraturi in termini di debellamento del fenomeno.

In particolare, attuando politiche di incentivo allo sviluppo ed educando quotidianamente al rispetto della legalità, potrebbero essere raggiunti risultati sul lungo termine e verrebbero sottratte ad un destino criminale persone al momento prive di alternative.

È chiaro che gli sforzi profusi sarebbero ingenti e che i risultati verrebbero riscontrati in tempi dilatati, ma lo Stato non può lasciare che simili iniziative siano affidate alla buona volontà di singoli individui o associazioni, il cui operato, seppur spinto da intenti meritori, non è certo sufficiente.

Al potere giudiziario viene, invece, molto spesso delegato un ruolo estraneo ed ulteriore rispetto a quello ad esso riservato dall'ordinamento.

Ciò che si intende sostenere è che al diritto penale non possa essere conferita una funzione di tipo preventivo, bensì un ruolo di tipo *lato sensu* repressivo; per definizione infatti esso non interviene *ex ante*, ma, necessariamente, come conseguenza di una condotta perpetrata o tentata e, dunque, *ex post*.

Se si vuole seriamente contrastare il fenomeno mafioso alle sue diverse latitudini si rivela allora necessario prendere atto dei limiti che comporta un

intervento confinato al mero piano processual-penalistico, rivelandosi, invece, doveroso apprestare strategie che coinvolgano molteplici aspetti.

3. Il ruolo del diritto penitenziario

Conseguenza di tale approccio, che restituisce al diritto penale la sua funzione naturale, è che debba essere riconsiderato anche il ruolo svolto dal diritto penitenziario, troppo spesso eletto a luogo privilegiato in cui canalizzare gli sforzi di contrasto alla criminalità mafiosa.

Appartiene certo al legislatore la prerogativa di stabilire l'entità della pena che deve essere irrogata con riferimento ad una determinata fattispecie di reato; considerare ad esempio la condotta di cui all'art. 416-bis c.p. particolarmente grave è certamente scelta legittima, attorno alla quale non può che raccogliersi consenso.

Diverso, invece, è l'approccio che dovrebbe muovere le scelte del legislatore in ambito penitenziario: l'ordinamento democratico garantisce, in base al principio di uguaglianza formale stabilito dall'art. 3, comma 1, Cost., un trattamento esecutivo che non discrimini i soggetti in ragione di (teoricamente superate) presunzioni di pericolosità sociale, e che, al contrario, sia finalizzato alla risocializzazione di tutti i condannati, il cui diritto alla rieducazione è enunciato all'art. 27, comma 3, Cost.

A parere di chi scrive, non solo è ravvisabile un errore concettuale, in quanto viene conferita al diritto penale una funzione preventiva che non gli appartiene e che non potrà mai avere, ma si demanda alla sub-legislazione penitenziaria una funzione di contrasto al crimine organizzato, che snatura i principi fondamentali della materia.

Come emerso nel corso della trattazione degli istituti di diritto penitenziario coinvolti, il rischio è quello che si debbano mettere in discussione i principi che lo Stato di diritto democraticamente si è dato, e ciò in nome della necessità di debellare un fenomeno dilagante e altrimenti irrefrenabile come quello in oggetto.

Ed è forse questo uno dei principali fraintendimenti: la mafia non è un fenomeno emergenziale; al contrario è realtà ben radicata nel nostro Paese, e in alcune zone assurge a vero e proprio sistema di potere, che può essere scalfito, ma non debellato, se si mettono in atto solo politiche disorganiche e miranti all'arginazione momentanea delle azioni più violente.

È indubbio che quanto accaduto in Italia tra gli anni '80 e '90 avesse portata gravissima e che fosse necessario introdurre misure importanti; come si è, però, rivelato in breve tempo, in mancanza di investimenti di lungo periodo, da attuarsi anche sul piano extragiuridico, i gruppi criminali si sono riorganizzati al proprio interno e continuano ad esercitare influenza sui territori ed a penetrare viscidamente nell'economia legale.

Se agli strumenti introdotti nel biennio 1991-1992, e poi variamente riformulati, va riconosciuto un impatto molto forte in termini di sicurezza percepita dai cittadini, minore è stata la loro portata con riferimento al reale contrasto alla criminalità organizzata, i cui capi vengono ciclicamente assicurati alla giustizia, senza che a ciò consegua un reale indebolimento dei gruppi stessi.

Un esempio di ciò è concretamente fornito dai dati relativi ai 'fatturati' annuali realizzati da queste imprese criminali: la 'Ndrangheta, mafia calabrese infiltratasi nel settentrione d'Italia come all'estero, è a oggi la più potente organizzazione criminale del Paese⁴⁹⁶ ed è considerata, per la capillarità con cui gestisce nel mondo i propri affari, una delle più pericolose mafie in assoluto, nonostante numerosi *boss* e affiliati si trovino in carcere e stiano scontando la pena in regime differenziato di 41-bis.

Ciò che emerge è, dunque, un quadro assai diverso da quello che si è portati a immaginare: non solo sono stati talvolta misconosciuti i principi fondamentali del trattamento esecutivo, ma tale violazione non ha neppure portato ai risultati sperati.

Volendo, poi, dare un giudizio in merito alla legittimità, oltretutto all'utilità, dei singoli strumenti di contrasto introdotti sul piano esecutivo, possono essere svolte una serie di considerazioni a conclusione del presente elaborato.

Come più volte messo in luce anche nelle righe precedenti, l'atteggiamento che ha mosso l'operato del legislatore è stato tradizionalmente di tipo emergenziale: di fronte alla necessità di dare risposte forti ed immediate ad un'opinione pubblica sconvolta dalle stragi di mafia, culminate con i fatti dell'estate del 1992, la classe politica ha reagito irrigidendo per talune categorie di rei le sanzioni e il trattamento penitenziario.

Tale reazione sembra potersi valutare a distanza di anni come molto emotiva e poco ponderata: i provvedimenti legislativi più importanti sono stati adottati in un lasso di tempo assai breve, che non ha permesso una discussione parlamentare approfondita, attraverso cui sarebbe forse emersa la necessità di meglio bilanciare le diverse esigenze in campo.

Uno Stato di natura democratica non può permettere che vengano messi in discussione valori di rango costituzionale senza che a ciò si accompagni un'adeguata riflessione sugli equilibri da perseguire.

496Secondo una ricerca svolta dall'istituto Demoskopika relativamente al 2013, la mafia calabrese avrebbe 'fatturato' in quell'anno circa 52,6 miliardi di euro, potendo contare su una leva complessiva di 60.000 affiliati e quasi 400 'ndrine operative in trenta Paesi del mondo. Si stima che quest'imponente giro d'affari, superiore a quello di molte multinazionali, equivalga al 3,5% del PIL italiano del 2013. I dati, resi noti all'inizio del 2014, sono rinvenibili sul sito www.demoskopika.eu e sono stati divulgati anche a mezzo stampa; tra gli articoli più interessanti si legga: FRENÌ S., *'Ndrangheta: un fatturato illecito pari a quello di una multinazionale*, 26 marzo 2014, www.strettoweb.com.

Se anche ciò dovesse accadere, magari a causa della perdurante inerzia del legislatore, che si trova a dover reagire con virulenza a situazioni esacerbate, tale atteggiamento non è, però, scusabile a distanza di tempo.

Il riferimento corre al fatto che, anche quando l'ondata intimidatoria di Cosa Nostra e delle altre organizzazioni è parsa arretrare, non si è inteso riallineare gli strumenti del diritto penitenziario ai principi fondamentali dell'ordinamento, come ad ammettere il perdurante stato di emergenza, che, in realtà, si è rivelato essere quotidianità anche in termini di prassi giudiziaria.

A onor del vero, anche la legislazione penitenziaria antimafia ha conosciuto una certa evoluzione nel tempo, ma sia ben chiaro che se dei passi avanti sono stati compiuti lo si deve soprattutto agli sforzi della dottrina e della giurisprudenza, sempre attente nel valorizzare le istanze garantiste proprie di uno Stato di diritto, qualora ciò non vada a discapito delle esigenze securitarie, che pure indubbiamente devono essere considerate.

Il legislatore si è, dunque, costantemente limitato a prendere atto di orientamenti consolidati ed a positivizzarli in testi di legge a modifica delle disposizioni precedenti.

Non è, però, a oggi ravvisabile un rilevante cambio di rotta da cui sia possibile desumere un'acquisita consapevolezza in termini di riscrittura generale della legislazione penitenziaria antimafia.

Considerazioni più approfondite sotto il profilo tecnico saranno svolte nei paragrafi seguenti, dedicati ai singoli istituti esaminati nei capitoli precedenti, ovvero collaborazione giudiziale, preclusioni penitenziarie e sospensione temporanea delle normali regole di trattamento; si tratta di strumenti aventi autonomia in termini concettuali, ma una forte interconnessione sul piano pratico-operativo.

In questa sede non avrebbe senso ripetere i contenuti delle singole discipline; si intende solamente fornire uno sguardo d'insieme e svolgere delle considerazioni finali in merito alla loro legittimità ed utilità anche in prospettiva *de iure condendo*.

4. Il 'doppio binario'

Preliminare alle osservazioni che seguiranno è l'inquadramento sistematico degli istituti esaminati nella cornice dell'ordinamento penitenziario.

Nel corso della trattazione si è più volte parlato di 'doppio binario'; vale qui la pena riprendere questo concetto ed enuclearne le caratteristiche essenziali alla luce dell'analisi svolta nelle pagine precedenti e dei contenuti che sono stati riproposti nei singoli capitoli.

Con questa dizione, coniata dalla dottrina nei primi anni '90⁴⁹⁷, si fa riferimento alle modalità con cui il legislatore ha inteso disciplinare determinati ambiti, che sembrano essere parzialmente sottratti ai principi generali del diritto penitenziario.

Ratio ispiratrice era che in riferimento a talune fattispecie di reato, destanti particolare preoccupazione sociale e tassativamente indicate dalla legge, fosse doveroso apprestare un trattamento esecutivo differenziato e derogatorio rispetto a quello comune.

Questa necessità era avvertita dal legislatore in reazione ai gravi fatti che avevano irrimediabilmente segnato la storia del nostro Paese nei decenni precedenti: i numerosi attentati di matrice eversiva, registratisi tra gli anni '70 e '80, nonché gli episodi stragisti di stampo mafioso con cui si aprirono gli anni '90, indelebilmente impressi nella coscienza collettiva.

L'opportunità di introdurre un regime esecutivo diversificato si traeva dalla seguente considerazione: in situazioni d'emergenza devono essere valorizzate le esigenze di difesa sociale e risulta preminente la neutralizzazione dei soggetti più pericolosi; in riferimento a talune categorie di rei ("tipi d'autore" nella valutazione critica della Corte Costituzionale⁴⁹⁸) la pena non può svolgere un ruolo rieducativo: la sua funzione deve essere quella di assicurare la mancata perpetrazione di nuove condotte illecite e ciò anche a detrimento di fondamentali garanzie costituzionali.

Il 'sistema del doppio binario' in tema di esecuzione penitenziaria venne introdotto con l'emanazione della 'decretazione d'emergenza' nel biennio 1991-1992, pur avendo sparso i propri semi in tempi ben più risalenti.

Nonostante a distanza di anni si possa affermare essere venuta meno tale emergenzialità, questi istituti rimangono parte integrante dell'ordinamento penitenziario e la loro portata non sembra essere stata ridimensionata, anzi; la stabilizzazione di norme-chiave come gli artt. 4-bis e 41-bis, comma 2, o.p., avvenuta con l. 279/02, è dimostrativa della volontà di rendere queste discipline strumenti di contrasto alla criminalità organizzata di tipo strutturale e non passeggero.

La direttrice che sembra aver mosso il legislatore dell'ultimo ventennio è, dunque, quella di predisporre un sistema di esecuzione penale alternativo e complementare a quello comune: non un trattamento penitenziario eccezionalmente applicabile, ma una delle possibili modalità dell'esecuzione penitenziaria.

Accanto alla disciplina generale sul trattamento esecutivo corre allora un binario parallelo, lungo il quale sono troppo spesso rinnegati i valori democratici; nelle pagine seguenti si metteranno in evidenza luci ed ombre

497 Per alcuni riferimenti si rinvia al Cap. 2, Sez. I, § 1 (nota 4).

498 Si vedano le preoccupazioni espresse dal Giudice delle Leggi in: Corte Cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, cit.

degli istituti-fulcro di questa legislazione e verranno rievocati alcuni passaggi della ricerca.

4.1. La collaborazione di giustizia

Oggetto del primo capitolo è stato l'istituto della collaborazione giudiziale, preliminare alla comprensione generale del c.d. 'sistema del doppio binario'⁴⁹⁹.

È stata ripercorsa l'evoluzione normativa della disciplina nonché il fervente dibattito dottrinale che ha preceduto e seguito l'introduzione di una sua puntuale regolamentazione⁵⁰⁰.

Ad oggi nessuno mette più in dubbio l'indispensabilità di questo strumento come mezzo di contrasto alla criminalità organizzata; molti sono stati i risultati raggiunti sotto il profilo investigativo e in numerosi processi fondamentali si sono rivelate le dichiarazioni dei collaboratori.

Doveroso è stato garantirne l'incolumità; anche i familiari vengono ora inseriti in programmi di protezione differentemente graduati in base alla concreta possibilità di ritorsioni da parte degli ex sodali mafiosi.

Si tratta di una scelta non facile, che espone inevitabilmente a grave pericolo se stessi e la propria cerchia di affetti, ragion per cui a cavallo tra gli anni '80 e '90 fu la stessa magistratura requirente a sollecitare un compiuto disciplinamento delle esigenze tutorie⁵⁰¹.

Sembra esservi unanimità di opinioni anche a proposito del fatto che il collaboratore di giustizia sia figura del tutto emancipata da considerazioni di tipo morale⁵⁰²; ecco perché il termine 'pentito' deve essere utilizzato con parsimonia e ad esso è preferibile quello di collaboratore giudiziale, certamente più neutro.

Chi collabora con la giustizia non necessariamente ha rielaborato il proprio passato criminale in maniera critica: il legislatore non richiede affatto l'accertamento della contrizione del soggetto al fine dell'attribuzione dello *status* di collaboratore.

Quest'impostazione appare corretta, in quanto non rientra nelle prerogative del diritto penale indagare se la persona abbia maturato tale scelta

499Per 'doppio binario' si intende in questa sede la predisposizione di un sistema trattamentale multilivello, che mira alla differenziazione dell'esecuzione penitenziaria in ragione del mero titolo di reato, elemento da cui desumere presuntivamente il grado di pericolosità sociale del soggetto ristretto. Si rimanda in questo senso al già citato contributo di Vittorio Grevi: GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, p. 4 ss.

500La sostanza dell'istituto è racchiusa nell'art. 58-ter o.p., che definisce collaboratori di giustizia: "coloro che , anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per la individuazione o la cattura degli autori dei reati".

501 FALCONE G., PADOVANI M., *Cose di Cosa Nostra*, cit., p. 64.

502SASSANO F., *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia*, cit., p. 3.

in ragione di un ravvedimento sincero o al solo scopo utilitaristico di ottenere dei vantaggi in ordine alla propria posizione sul piano giuridico⁵⁰³.

Ciò che deve interessare al legislatore non è, dunque, il percorso interiore che motiva il soggetto a collaborare, bensì soltanto il fatto che questa strada venga intrapresa in maniera genuina, ovvero scongiurando possibili intimidazioni da parte dei sodali mafiosi, che possano minare la veridicità delle dichiarazioni.

In questa prospettiva non appare scorretto prevedere dei vantaggi in fase di irrogazione della pena: la collaborazione di giustizia si viene così ad inquadrare in una cornice di *do ut des*⁵⁰⁴, in cui vengono estromessi giudizi etici e viene presa in considerazione solo la condotta fattuale.

Ciò che semmai dovrebbe essere rimesso in discussione è il ruolo conferito alla collaborazione di giustizia in termini di centralità nella legislazione penitenziaria antimafia.

Se del tutto legittima appare a chi scrive la scelta del legislatore di prospettare vantaggi di natura sostanziale, come certamente rappresenta uno sconto di pena determinato dall'applicazione di una circostanza attenuante⁵⁰⁵ in fase processuale, maggiori dubbi emergono in ordine alla legittimità della previsione di consistenti utilità sul piano penitenziario.

Nel sistema attuale questo strumento opera con modalità che si potrebbero definire 'inversamente proporzionali': alla persona che intenda intraprendere questo percorso viene garantita la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative, mentre al soggetto refrattario (il c.d. 'mafioso irriducibile') viene, invece, negata la possibilità di dedurre elementi di prova diversi a dimostrazione della rescissione del vincolo criminale: lo *status* di collaboratore è assunto ad unico mezzo attraverso cui accertare giudizialmente la rottura del *pactum sceleris*.

Pur rimandando al paragrafo seguente considerazioni più approfondite, un quesito può subito essere posto: se si condivide la premessa in base a cui

503 Corte Cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, cit.

504 Analogamente, di contrattualizzazione parla Alessandro Bernasconi, che individua proprio nello scambio negoziale il limite maggiore della disciplina: BERNASCONI A., *I sistemi di protezione per i collaboratori di giustizia*, cit., p. 141.

505 Si tratta della diminuzione introdotta dal legislatore con l'art. 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203. Il testo della norma, analizzato nel Cap. 1 al § 3.2., merita qui di essere riproposto: "Per i delitti di cui all'art. 416-bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività di attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta degli elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà". Per un'analisi di tale circostanza attenuante si rimanda a: CASELLI G. C., INGROIA A., *Normativa premiale*, cit., p. 195 ss.

l'attribuzione della qualità di collaboratore giudiziale è scissa da un'indagine sul percorso interiore del soggetto coinvolto, per quale ragione sul piano dell'esecuzione penale la condotta delatoria dovrebbe allora costituire il solo strumento idoneo a dimostrare la cessata pericolosità sociale del condannato e, dunque, la sua positiva risocializzazione?

La collaborazione fruttuosa, disciplinata dall'art. 58-ter o.p., può attestare l'affidabilità oggettiva del reo, in quanto condotta dimostrativa dell'avvenuto distacco dal sodalizio criminale, ma non anche la sua credibilità soggettiva: quantomeno non in termini assoluti, tali da elevare questo comportamento ad unico espediente in grado di dimostrare l'effettivo ravvedimento personale e il venir meno della pericolosità sociale⁵⁰⁶.

È chiaro che tale scelta legislativa origina da una mistificazione: pur nella consapevolezza che collaborare con la giustizia non è l'unico mezzo per accertare l'avvenuta rieducazione del reo, e che al contrario si possa collaborare pur in mancanza di reale resipiscenza, si preferisce assurgere la collaborazione di giustizia ad unico mezzo di prova per accedere ai benefici e alle misure extramurarie al malcelato scopo di conseguire elementi utili in termini investigativi.

Lo Stato coarta moralmente la persona condannata, che è portata a scambiare la propria libertà con quella altrui secondo una logica mercantile: si tratta di un meccanismo funzionale sul piano requirente, ma non certo coerente con i principi generali dell'ordinamento in tema di diritto di difesa e all'autodeterminazione⁵⁰⁷.

4.2. I limiti alla concessione dei benefici penitenziari

L'art. 4-bis o.p., norma-chiave in tema di preclusioni penitenziarie, è la disposizione attorno a cui si costruisce l'edificio concettuale del 'doppio binario': in ragione del titolo di reato per cui è eseguita la condanna, ad un soggetto viene impedito di godere di benefici penitenziari e misure alternative, sempreché non decida di collaborare con la giustizia (ciò con riferimento ai 'reati di prima fascia', disciplinati al primo periodo del comma 1⁵⁰⁸).

506 Argomenta, da ultimo, in questo senso: PUGIOTTO A., *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, 13 giugno 2016, www.penalecontemporaneo.it, p. 29.

507 Si potrebbero richiamare, in combinato disposto, gli artt. 2 e 24, comma 2, Cost. nonché l'art. 194 c.p.p., che stabilisce la libertà morale della persona nell'assunzione della prova.

508 La norma è stata soggetta a numerose interpolazioni e la gravità delle condotte è stata variamente graduata in base alla sensibilità del singolo legislatore. Allo stato attuale sono ricompresi nei reati di 'prima fascia' i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico, i delitti di associazione a delinquere di tipo mafioso e di scambio elettorale politico-mafioso, nonché una serie di altri delitti normalmente concernenti la violazione della sfera sessuale.

L'ordinamento statale, che nella propria Carta costituzionale enuncia il fine rieducativo della pena quale valore fondante di una società democratica, impedisce la risocializzazione del condannato che nell'esercizio del diritto di difesa persegua la linea del silenzio, in quanto esclude che condotte diverse da quella collaborativa possano assurgere ad elemento di prova idoneo a dimostrare la cessata pericolosità sociale della persona.

Tale scelta è stata motivata in sede di dibattito parlamentare con la presunta impossibilità di accertare l'avvenuta risocializzazione del soggetto in mancanza di sue dichiarazioni che, essendo finalizzate allo svolgimento di indagini sul gruppo di riferimento, costituirebbero l'unica modalità di appurata rescissione del vincolo omertoso.

L'atteggiamento del legislatore dissimula la reale finalità perseguita, che si sostanzia nella necessità di ottenere informazioni utili allo svolgimento di nuove o più approfondite indagini; non è lasciata altra via per il superamento di tale presunzione e non sembrano essere prese in considerazione le ragioni che possono spingere il singolo soggetto a non compiere dichiarazioni delatorie, prima fra tutte il timore di ritorsioni verso di sé e i familiari⁵⁰⁹.

Attuale sembra allora il secondo imperativo categorico di Kant, che insegnava a *"trattare l'uomo (...) sempre anche come fine, non mai solo come mezzo"*, e che appare essere stato disatteso da un legislatore troppo sbilanciato ad incentivare le attività di indagine e poco orientato ad assicurare alla generalità dei consociati ristretti una reale *chance* in termini rieducativi.

Un legittimo compromesso tra le diverse istanze coinvolte, ovvero le esigenze di difesa sociale e quelle di risocializzazione, potrebbe essere raggiunto qualora si restituisse alla magistratura di sorveglianza, giudice naturale della fase di esecuzione, un ruolo attivo in termini di valutazione dell'attualità dei collegamenti con l'associazione criminale di riferimento.

Infatti, se una così ferrea formulazione della disposizione era comprensibile, seppur non condivisibile, in reazione agli avvenimenti dei primi anni '90, non altrettanto sembra potersi dire in riferimento al momento storico attuale, in cui si potrebbe, invece, valutare con maggior distensione una modifica dell'impianto probatorio ora stabilito per l'accesso ai benefici ed alle misure extramurarie: perseverare nell'esautorare la magistratura di sorveglianza dalla sua prerogativa di accertamento della pericolosità sociale in relazione al caso individuale sembra potersi motivare solo con la volontà politica di surrogare il giudizio di un tribunale con automatismi normativi intenzionalmente

509Nel secondo capitolo si è presentata una dettagliata casistica di possibili ragioni a impedimento della collaborazione di giustizia: tra queste, oltre al rischio per l'incolumità propria e dei prossimi congiunti, ci sono il rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa a sfavore di persone cui si è legati da vincoli affettivi o di parentela nonché il rifiuto di compromettere la posizione di soggetti eventualmente non più connessi ad attività criminose. Per un approfondimento si rimanda al Cap. 2, § 3.2.1.

afflittivi ed esercitanti una pressione psicologica finalizzata ad una collaborazione forzata.

L'aver collaborato con la giustizia con le modalità ed entro i termini stabiliti dalla legge rimarrebbe certamente elemento di prova a sostegno dell'avvenuta rescissione del patto criminale, ma non sarebbe più l'unico strumento attraverso cui consentire l'accesso al trattamento rieducativo.

A parere di chi scrive sembra, dunque, opportuno caldeggiare il progetto di riforma dell'art. 4-bis o.p. presentato in Parlamento dall'On. Enza Bruna Bossio, ed ora all'esame delle Camere, che comporterebbe la riformulazione della norma in ottica maggiormente garantista e l'esclusione di ingiusti automatismi⁵¹⁰: fulcro del disegno di legge è la riscrittura della presunzione di pericolosità sociale, che diverrebbe da assoluta a relativa.

In prospettiva *de iure condendo* si potrebbe, poi, valutare un'ulteriore possibilità, complementare e non sostitutiva a quella testé rievocata: anziché stabilire preclusioni penitenziarie ricollegabili al mero titolo di reato per cui è eseguita la condanna, si potrebbe considerare l'opportunità di limitare *ex lege* l'operatività dell'art. 4-bis, comma 1, o.p. al caso in cui sia stato accertato che la persona condannata abbia rivestito un ruolo apicale all'interno dell'organizzazione malavitosa.

Non sembra corretto inibire *de facto* l'apprestamento di un trattamento extramurario in riferimento a soggetti che abbiano svolto una funzione prevalentemente o unicamente esecutiva di direttive altrui, come nel caso dei semplici affiliati, essendo il grado di pericolosità sociale degli uni e degli altri evidentemente diverso.

Tale elemento dovrebbe essere ricavato dalla sentenza definitiva di condanna; in questo modo si sottrarrebbe questa delicata valutazione alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza o, con maggior preoccupazione, della stessa Amministrazione penitenziaria.

I capimafia (o, più in generale, i *leader* della consorteria criminale) verrebbero così assoggettati ai limiti dell'art. 4-bis, comma 1, o.p. riformulati in chiave garantista, perché la presunzione di pericolosità sociale diverrebbe da assoluta a relativa; gli affiliati potrebbero, invece, eseguire la condanna in base alla disciplina ordinaria.

Tale personale proposta non sembra essere mai stata oggetto di disquisizione da parte di dottrina e giurisprudenza; potrebbe costituire un originale punto di partenza per ampliare il dibattito in vista di una futura riforma

Le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis o.p. relativamente alla 'prima fascia' di reati si rivelano, poi, dirimenti qualora il soggetto ristretto versi in stato di

⁵¹⁰La proposta di legge n. 3091/15, originante dalle conclusioni della Commissione Palazzo, è stata oggetto di analisi nel capitolo secondo, al quale, dunque, si rimanda (cfr. Cap. 2, § 3.2. ss.).

detenzione in base ad una condanna all'ergastolo; è ovvio che in questo caso, in ragione della durata indeterminata della pena irrogata, verranno del tutto frustrate le istanze risocializzative: la persona dovrà scontare l'intera sanzione senza poter accedere a qualsivoglia beneficio o misura extramuraria con conseguente estromissione del diritto al riesame della sua posizione.

È questo il tema dell'ergastolo ostativo, ovvero di quella particolare tipologia di pena detentiva, che sembra essere finalizzata alla mera neutralizzazione del condannato, rispetto alla cui figura l'ordinamento rigetta la possibilità di apprestare un, seppur minimo, trattamento rieducativo.

In ragione della gravità del reato per cui è eseguita la condanna, la persona viene etichettata *sine die* come soggetto pericoloso, senza che tale presunzione possa essere superata deducendo elementi probatori diversi dalla collaborazione giudiziale, il cui impedimento ad essere svolta può derivare anche a causa di elementi estranei alla mera volontà del detenuto.

L'ergastolo ostativo interessa il 70% dei condannati all'ergastolo e complessivamente il 4,3% del totale dei condannati a pena detentiva⁵¹¹: un dato che richiama l'attenzione della dottrina, da tempo impegnata sul fronte dell'abolizione del 'fine pena mai'.

L'illegittimità dell'ergastolo ostativo è stata argomentata più volte dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo, che ha sollecitato i Paesi sottoscrittori della CEDU ad armonizzare i propri ordinamenti interni al principio in base al quale "a tutti i detenuti, compresi gli ergastolani, dev'essere offerta la possibilità di *rehabilitation* e la prospettiva di un *release*, nel caso in cui un percorso rieducativo si venga a realizzare"⁵¹².

Risulta allora chiara l'incompatibilità dell'ergastolo ostativo con il diritto, proprio di ogni detenuto, non tanto all'accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative in quanto tali, ma a "conoscere il momento in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto"⁵¹³.

Sul piano della legislazione interna il nostro ordinamento non prende in considerazione alcuna progressione trattamentale ed esclude a priori l'accertamento periodico della pericolosità sociale del condannato: di qui il contrasto con la recente giurisprudenza della Corte EDU, argomentato pressoché unanimemente in dottrina.

In ragione del rinvio formale operato dall'art. 2 della l. 12 luglio 1991, n. 203, all'art. 176 c.p., l'ostatività del titolo di reato preclude la concedibilità della liberazione condizionale all'ergastolano non collaborante, la cui posizione non

511I dati, relativi al 2014, sono ricordati da Emilio Dolcini in: DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *'Riv. it. dir. proc. pen.'*, 2015, f. 4, p. 1655.

512Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 9 luglio 2013, Grande Chambre, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit.; per ulteriori considerazioni cfr. Cap. 2, § 3.2.

513Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 9 luglio 2013, Grande Chambre, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit.

potrà mai essere riconsiderata, se non appunto in presenza di fattiva collaborazione.

A nulla serve, poi, l'esclusione della liberazione anticipata dal novero dei benefici penitenziari e delle misure alternative concedibili in base al rigoroso regime probatorio analizzato: se proprio questo argomento è stato utilizzato dalla Corte Costituzionale per sostenere sul piano interno la legittimità dell'art. 4-bis, comma 1, o.p. in riferimento al vincolo rieducativo cui è finalizzata la pena detentiva⁵¹⁴, appare del tutto evidente l'inutilità di tale istituto nel quadro di una condanna all'ergastolo; il soggetto condannato non potrà mai fruire della liberazione anticipata, che, per definizione, opera in relazione ad una pena temporanea.

Risulta così chiara l'impossibilità di fornire una lettura costituzionalmente orientata della disciplina considerata, ragion per cui si auspica una prossima revisione della norma comportante l'abolizione dell'ergastolo ostativo.

Come messo in luce in un recente volume di Carmelo Musumeci e Andrea Pugiotto, che nell'opera assumono le vesti rispettivamente del condannato e dello studioso di diritto, l'ergastolo ostativo rende la persona "più criminale di prima", poiché "per cambiare, bisogna prima avere qualcosa da perdere"⁵¹⁵.

Le preclusioni penitenziarie tolgono il diritto alla speranza e deresponsabilizzano il soggetto ristretto, che non ha interesse a rielaborare criticamente il proprio passato criminale e percepisce se stesso in balia del libero arbitrio statale: si potrebbe dire con un'espressione evocativa che il condannato passa dall'essere 'carnefice' a 'vittima' del sistema⁵¹⁶.

L'abolizione dell'ergastolo ostativo, da attuarsi con una riformulazione dell'art. 4-bis o.p. che introduca una presunzione relativa di pericolosità sociale in sostituzione di quella assoluta (attualmente in vigore), renderebbe il trattamento penitenziario coerente con il dettato costituzionale di cui all'art. 27, comma 3, nonché con i più recenti orientamenti giurisprudenziali EDU, che tendono a valorizzare l'ideale rieducativo della pena e la necessità che la potestà repressiva esercitata dallo Stato non svilisca la dignità umana, che, al contrario, dovrebbe essere da questi tutelata: "l'uso della forza, di cui lo Stato ha il monopolio, perde (...) legittimità quando trasmoda in violenza"⁵¹⁷.

514 Corte Cost., sent. 11 giugno 1993, n. 306, cit.

515 MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 24.

516 Così Elena Mariani nel commentare il volume dell'ex boss Carmelo Musumeci e del Prof. Andrea Pugiotto in un recente contributo: MARIANI E., *A proposito di C. Musumeci, A. Pugiotto. "Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo"*, in *'Riv. it. dir. proc. pen'*, 2016, f. 1, p. 489.

517 PUGIOTTO A., *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 33.

4.3. La sospensione temporanea delle normali regole di trattamento

Un giudizio meno tranciante, ma comunque critico, può essere svolto anche con riferimento al regime restrittivo di cui all'art. 41-bis, comma 2, o.p.

La norma, funzionale all'allentamento delle comunicazioni tra i detenuti ristretti nel medesimo istituto e tra questi e il mondo esterno, sembrava legittimare nei primi anni di applicazione una tortura di Stato sotto molti profili, non meno censurabile dei delitti che si intendevano reprimere⁵¹⁸.

Uno Stato di diritto non può ammettere, come, invece, ha fatto, brutture di questo tipo, nemmeno per ragioni di estrema urgenza; in molti casi sono stati misconosciuti i più elementari diritti della persona umana, come denunciato dagli stessi detenuti e più volte evidenziato (anche in tempi recenti) dal Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa (CPT) in occasione delle periodiche visite alle carceri nostrane⁵¹⁹.

Si ci riferisce ad esempio all'aver reciso bruscamente i contatti tra i detenuti e i familiari nonché tra i primi e i propri legali; alcune disposizioni stabilite dalla prassi amministrativa avevano contenuto meramente afflittivo⁵²⁰, senza che a ciò si accompagnasse una reale portata general-preventiva o neutralizzatrice e che fosse previsto dalla legge un adeguato controllo in sede giurisdizionale.

Tutt'ora alcune prescrizioni pongono una seria domanda in termini di *ratio* perseguita: paradigmatico è quanto enunciato all'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f), o.p. a proposito delle misure di sicurezza adottabili per impedire la comunicazione tra i soggetti ristretti; il legislatore stabilisce infatti, tra gli altri, un generale divieto di "cuocere cibi", che mal si concilia con l'intento della disciplina e che appare mirare ad una vessazione fine a se stessa.

Se tale osservazione può fare sorridere, si prenda in considerazione la prescrizione di cui alla prima parte della succitata lett. f): al detenuto ristretto in regime differenziato è concesso di fruire di due ore all'aria aperta, di cui una normalmente dedicata ad attività ricreative.

Di converso, per 22 ore al giorno la persona è confinata nella propria cella in stato di isolamento ed è fortemente limitata nei propri movimenti, con evidente nocimento per la sua condizione di salute mentale: la disposizione è stata motivata con la necessità di impedire che le ore di socialità possano

518 Si ci riferisce alle gravi violazioni dei diritti umani perpetrate negli anni in cui le carceri di Pianosa e dell'Asinara erano operative (cfr. Cap. 3, Sez. I, § 3.1.).

519 Il Comitato ha più volte ravvisato la dannosità del regime 41-bis per la salute psico-fisica dei detenuti; da ultimo, nel 2013 ha affermato trattarsi di uno strumento "non privo di effetti sullo stato delle condizioni somatiche e mentali di alcuni prigionieri".

520 Si vedano a questo proposito le pronunce: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. 267772/95, cit.; 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*, ric. 31143/96 cit., le quali - pur rigettando la tesi in base a cui l'applicazione del regime 41-bis avrebbe comportato la violazione tout court dell'art. 3 CEDU - invitavano l'Italia ad assicurare una maggiore tutela della dignità dei detenuti.

essere utilizzate per scambiare messaggi illeciti, ma sembra doversi riscontrare una valenza punitiva dal momento che *ante* riforma del 2009 le ore fruibili erano quattro e non ne erano conseguite ripercussioni negative.

La mera vessatorietà di talune restrizioni è stata, poi, oggetto di una recentissima sentenza della Consulta, che in camera di consiglio datata 8 febbraio 2017, si è pronunciata sulla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. c), o.p. nella parte in cui consente all'Amministrazione penitenziaria di adottare, in base a circolari D.A.P., il divieto di ricevere dall'esterno libri e riviste a stampa ovvero di spedirli.

In questa sede la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale⁵²¹: non essendo ancora note le motivazioni della decisione al momento in cui si scrive, non è possibile svolgere considerazioni di merito.

Interessante è, però, notare il punto di vista del giudice *a quo*, la Magistratura di Sorveglianza di Spoleto, che nell'ordinanza di remissione⁵²² argomentava l'illegittimità del divieto in ragione della sostanziale afflittività della previsione, non adeguatamente motivata sotto il profilo dell'affievolimento delle comunicazioni con la consorterìa criminale di riferimento e fortemente lesiva del diritto di informazione, tutelato dall'art. 21 Cost.

Che il regime differenziato 41-bis sia stato fondamentale in una prima fase allo scopo di interrompere bruscamente i contatti 'pericolosi' è indubbio, così come è altrettanto indubbio che la prospettazione di tale regime detentivo non abbia funzionato nel tempo quale deterrente per coloro che si trovano in stato di libertà, come dimostrano i numeri relativi alla quantità di provvedimenti di rigore emessi, che testimoniano una certa costanza.

Si potrebbe legittimamente controbattere che il fine della sospensione temporanea delle normali regole di trattamento non è quello di svolgere una funzione preventiva, bensì quello di neutralizzare il soggetto detenuto ed impedirne i collegamenti con l'esterno o con altri detenuti ristretti nel medesimo penitenziario⁵²³.

Se questi sono gli obiettivi di politica criminale perseguiti dal legislatore con l'applicazione del regime di rigore, mal si conciliano disposizioni come quella poc'anzi ricordata, che impongono restrizioni della libertà personale "a

521 Tra i primi a riportare l'esito della delibera è stata la rivista *Giurisprudenza Penale*, al cui sito si rimanda: www.giurisprudenzapenale.com.

522 Mag. Sorv. Spoleto, ord. 26 aprile 2016, cit.

523 Tra le posizioni più intransigenti in tal senso: DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un bilancio provvisorio*, cit., p. 1656; afferma l'autore in un passaggio del suo contributo: "Nessuno scandalo, a mio avviso, se la rieducazione cede il passo alla neutralizzazione del condannato, qualora questi non appaia suscettibile di essere reinserito nella società attraverso l'esecuzione della pena, né appaia sensibile agli effetti di ammonimento perseguiti dalla pena stessa".

scopo dimostrativo"⁵²⁴, la cui afflittività non risulta bilanciata dalla sussistenza di prevalenti esigenze di difesa sociale tutelate

Ulteriore profilo meritevole di attenzione è quello riguardante l'ampiezza del sindacato su cui è chiamata a pronunciarsi la magistratura di sorveglianza in sede di reclamo giurisdizionalizzato.

La novella legislativa 94/09 ha eliso il riferimento alla possibilità che il giudizio di legittimità sia esteso alla congruità delle prescrizioni imposte con il decreto ministeriale applicativo del regime speciale ex art. 41-bis, comma 2, o.p.

In seguito a questo intervento, il giudice ha il potere di esaminare il reclamo presentato limitatamente alla sussistenza dei presupposti che hanno condotto all'emanazione del provvedimento di rigore; la magistratura di sorveglianza è, dunque, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità formale del decreto, ma non può sindacare l'opportunità delle singole restrizioni.

La proporzionalità delle prescrizioni e la loro adeguatezza in termini di finalità perseguite sono state valutate dallo stesso legislatore in un momento precedente all'adozione del provvedimento, rendendo i contenuti concretamente stabiliti di fatto sottratti al controllo del giudice dell'esecuzione, la cui rilevanza è stata ancora una volta svilita⁵²⁵.

Sembra questo uno degli aspetti più critici della disciplina: condividere la possibilità di imporre un trattamento penitenziario differenziato relativamente alle regole di stretta detenzione e limitatamente agli scopi stabiliti dalla legge non comporta altresì che tale facoltà debba essere esercitata dal potere esecutivo in assenza di strumenti che assicurino una piena tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche coinvolte; la preoccupazione si giustifica ulteriormente in considerazione della natura dell'organo chiamato ad emettere il provvedimento sospensivo, il Ministro della Giustizia, inevitabilmente più propenso rispetto ad un collegio giurisdizionale a ravvisare ragioni di ordine pubblico e sicurezza⁵²⁶.

L'osservazione appare particolarmente pertinente in riferimento al tenore dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. a), o.p.: in base a tale norma l'Amministrazione penitenziaria può stabilire prescrizioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle puntualmente previste dalla legge alle lettere successive; ciò

524 Tale espressione è stata utilizzata dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza 24 giugno 1993, n. 349.

525 Critica su questo punto è: DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione sociale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., p. 301.

526 Si può citare, a titolo di esempio, il caso di Bernardo Provenzano, arrestato nel 2006 dopo 43 anni di latitanza; deceduto nel 2016 all'età di 84 anni, il Ministro della Giustizia Andrea Orlando ha emesso proroga del regime 41-bis nel marzo dello stesso anno nonostante il parere contrario delle procure di Caltanissetta e Firenze, che argomentavano il proprio dissenso in ragione dello stato di semi-incoscienza in cui il soggetto versava da tempo e della sua consequenziale incapacità di mantenere contatti con Cosa Nostra.

sembra essere possibile ogniqualvolta tale organo ne ravvisi la necessità al fine di perseguire gli obiettivi di politica criminale cui il regime speciale è preordinato.

Il rischio che si vengano a creare spazi di libero arbitrio appare evidente e dovrebbe essere escluso quanto prima possibile⁵²⁷.

Per tutte queste ragioni sarebbe allora più opportuno ristabilire il dettato normativo precedente alla riforma del 2009, reintroducendo il sindacato sulla congruità delle prescrizioni: ne gioverebbe il soggetto ristretto in termini di garanzie acquisite nonché la magistratura di sorveglianza, il cui potere discrezionale appare troppe volte minato nel contesto del 'doppio binario'.

Le osservazioni svolte sino ad ora si rivelano ancora più significative in considerazione del fatto che non di rado la sospensione delle normali regole di trattamento riguarda soggetti non ancora condannati, la cui posizione giuridica deve essere definita: l'8% di questi sono persone in attesa di sentenza di primo grado, un altro 10% è costituito da appellanti e ricorrenti⁵²⁸.

Nei confronti di imputati la cui colpevolezza deve essere giudizialmente accertata non sembra ragionevole imporre l'inflizione di pesanti restrizioni che nei fatti si atteggiano a vera e propria pena anticipata⁵²⁹, senza che ciò venga controbilanciato da un sindacato giurisdizionale più pregnante.

Un dato su tutti dovrebbe far riflettere: secondo uno studio condotto dall'Osservatorio permanente sulle morti in carcere, la frequenza di suicidi tra i detenuti in 41-bis sarebbe 3,5 volte maggiore rispetto al resto della popolazione carceraria⁵³⁰.

Di tale amara constatazione le istituzioni democratiche non possono andare fiere, ragion per cui è auspicabile una revisione sistematica del regime analizzato nel quadro di una più attenta valorizzazione delle istanze garantiste, così come ad esempio proposto dagli Stati generali dell'esecuzione penale, il cui progetto di riforma - oggetto di analisi in altra sede - si spera non rimanga sulla carta⁵³¹.

527 Non a caso la dottrina ha parlato a questo proposito di "norma in bianco": ARDITA S., *La riforma dell'art. 41-bis o.p. alla prova dei fatti*, cit. p. 17.

528 Dati tratti dal Rapporto sul regime detentivo speciale di aprile 2016 della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani; viene fotografata la situazione al 31 dicembre 2015. Per un approfondimento si rinvia al Cap. 3, Sez. III, § 2.

529 Appare di analogo avviso Angela Della Bella, che argomenta la natura sostanzialmente sanzionatoria del regime 41-bis in: DELLA BELLA A., Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 387 ss. L'autrice propone una lettura originale dell'istituto, inquadrandolo nel catalogo delle pene accessorie, in quanto applicabile agli autori dei reati-presupposto (art. 4-bis, comma 1, o.p.) in presenza di accertati collegamenti con l'associazione criminale di provenienza.

530 Osservatorio permanente sulle morti in carcere, dati relativi al 2013 ed attingibili su www.associazioneantigone.it.

531 Le proposte elaborate dal Tavolo 2 sono state analizzate nel Cap. 3, Sez. III, § 3.1. ss., a cui, dunque, si rimanda.

L'eliminazione delle prescrizioni meramente afflittive e delle previsioni che permettono prassi amministrative sottratte a controllo giurisdizionale renderebbe la disciplina in esame più coerente con i principi di diritto nazionale ed internazionale; sotto quest'ultimo profilo la preoccupazione è che - in mancanza di riallineamento del regime 41-bis ai valori espressi nella CEDU - possa essere imminente una sentenza di condanna nei confronti dell'Italia, pur dovendosi rilevare che, fino a questo momento, la giurisprudenza di Strasburgo non ha mai dichiarato la violazione dell'art. 3 della Convenzione: isolati maltrattamenti, mai accertati giudizialmente in maniera incontrovertibile, sono stati ricondotti a casi episodici e non sistematici⁵³².

5. Note conclusive

Ripercorsi per punti salienti i contenuti dei tre capitoli centrali, sembra opportuno - a chiusura dell'elaborato - fornire un giudizio critico sulla legislazione penitenziaria antimafia complessivamente considerata.

Acclarato che, a parere di chi scrive, si è conferito al diritto penitenziario un ruolo estraneo a quello che naturalmente gli appartiene, appare altrettanto indubbio che difficilmente sarà prospettabile un repentino cambio di rotta da parte del legislatore.

Preso atto di ciò, è necessario indirizzare le future scelte della classe politica in accordo agli orientamenti più attuali della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza nazionale ed internazionale.

Indipendentemente da come la si pensi, l'Italia è obbligata a sottostare ai vincoli stabiliti da numerose convenzioni, prima fra tutte la CEDU, e deve attenersi ai principi in esse solennemente enunciati, cercando di introdurre discipline che non solo non contrastino con essi, ma che ne valorizzino il dettato.

Tra questi rientrano sicuramente i principi relativi al trattamento penitenziario, il quale deve essere improntato al rispetto dell'individuo, anche qualora egli versi nella particolare condizione di detenuto.

Stabilisce l'art. 3 CEDU un generale divieto di trattamenti inumani e degradanti: la situazione di restrizione della libertà personale non permette infatti alle autorità statuali che esercitano la potestà repressiva di comprimere arbitrariamente i diritti fondamentali della persona, particolarmente preziosi in riferimento ad un soggetto che vede i propri spazi già inevitabilmente limitati.

Non è questo segno di debolezza da parte dello Stato, che, al contrario, manifesta di saper trattare tutti i consociati con rispetto, assicurando loro

⁵³² Si vedano ancora una volta le seguenti pronunce: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. 267772/95, cit.; 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*, ric. 31143/96 cit.

l'esercizio dei diritti fondamentali, senza la necessità di calpestare la altrui dignità allo scopo di dimostrare fermezza e superiorità.

Si potrebbe, dunque, affermare che una società dimostra di avanzare nel proprio grado di civiltà quando disconosce gli istinti meramente retributivi e matura la consapevolezza che ad ogni singolo detenuto, senza distinzione alcuna, debba essere riservato un trattamento coerente con le finalità della pena solennemente enunciate dall'ordinamento; alla luce di tale considerazione può essere riletto un celebre aforisma, tradizionalmente attribuito a Voltaire: *“Non fatemi vedere i vostri palazzi ma le vostre carceri, poiché è da esse che si misura il grado di civiltà di una Nazione”*.

RINGRAZIAMENTI

Desidero ringraziare tutti coloro che, a vario titolo, mi hanno supportato durante la realizzazione della tesi di laurea.

Si è trattato di un cammino impegnativo, non privo di difficoltà, ma, al contempo, certamente ricco di soddisfazioni.

Esso rappresenta per me il momento conclusivo di un percorso di studi complesso, durante il quale ho appreso molto più che semplici nozioni.

Una menzione speciale va alla dott.ssa Antonia Menghini, relatrice del presente elaborato, docente disponibile e sempre attenta alle richieste dei suoi studenti.

Un sentito ringraziamento va al personale bibliotecario interamente considerato, il cui contributo si è rivelato fondamentale per la ricerca delle fonti e dei materiali necessari alla stesura di questo lavoro.

Proseguo col ringraziare le persone a me care, a partire dalle mie compagne di corso, Bianca e Arianna, il cui sostegno morale non è mai mancato.

Un grazie sincero va, poi, a mia cugina Silvia e agli amici di sempre Marta e Marco, che pazientemente hanno saputo ascoltare i tormenti di una giovane (quasi) giurista talvolta intimorita da un futuro incerto, ma non per questo meno innamorata del diritto.

Ultima ma non meno importante è stata la mia famiglia; un grazie di cuore a mia madre Concetta, a mio padre Giuseppe e a mio fratello Fabio...a loro è dedicata questa tesi.

BIBLIOGRAFIA

ACCONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte Costituzionale*, in 'Cass. pen.', 1994, f. 4, p. 861.

ALBERTI G., *In tema di limitazioni del diritto alla corrispondenza per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis o.p.*, 21 marzo 2016, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

APRILE E., *Per la Consulta la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-quinquies ord. penit. non può essere aprioristicamente negata alla condannata per gravi motivi*, in 'Cass. pen.', 2015, f. 1, p. 141.

ARDITA S., *La nuova legge sui collaboratori e sui testimoni di giustizia*, in 'Cass. pen.', 2001, f. 5, p. 1698.

- *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in 'Cass. pen.', 2003, f. 1, p. 4.

- *La riforma dell'art. 41-bis o.p. alla prova dei fatti*, in 'Cass. Pen.', 2004, f. 2, p. 717.

- *La funzione di prevenzione antimafia quale presupposto e limite costituzionale dell'istituto del regime detentivo speciale*, in BARILLIERO M., (a cura di), *Terrorismo e crimini contro lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 135 ss.

- *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, Giuffrè, 2007.

BARGIS M., *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in 'Dir. pen. proc.', 1998, f. 1, p. 159.

BERNASCONI A., *I sistemi di protezione per i collaboratori di giustizia*, in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1994, p. 139.

- *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, Giuffrè, 1995.

- *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in DI CHIARA G. (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 285.

BERTOLOTTO E., *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. n. 306/92: configurabilità di un potere di veto o di una mera collaborazione a fini probatori?*, in 'Cass. pen.', 1993, f. 10, p. 2387.

BRESCIANI G., *Sulle istanze per revocare i provvedimenti l'ombra del silenzio-diniego ministeriale*, in 'Guida al diritto', 2003, f. 1, p. 31.

BRONZO P., *Non sussiste un divieto generale ed assoluto per il detenuto, ristretto nel regime speciale di cui all'art. 41-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354, di intrattenere corrispondenza con altri soggetti detenuti sottoposti al medesimo trattamento penitenziario, ospitati in istituti penitenziari diversi*, in 'Il penalista', 29 aprile 2016, www.ilpenalista.it.

CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2002.

CARDELLA C., MACALUSO M., *Vite sotto protezione*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 2006, p. 85.

CARUSO A., *Da cosa nasce cosa*, Milano, Longanesi, 2000.

CASELLI G., INGROIA A., *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori della giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d'emergenza*, in GREVI V. (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Bari, Laterza, 1993, p. 195.

CESARI C., GIOSTRA G., *Divieto di concessione di benefici*, in DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, Cedam, 2006, p. 45.

CESARIS L., *La detenzione domiciliare come modalità alternativa dell'esecuzione penitenziaria*, in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma: l. 10 ottobre 1986 n. 663*, Padova, Cedam, 1988, p. 213.

- *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, in 'Biblioteca delle Scienze, Università degli Studi di Pavia', 2010, www.unipv.it/bibscienze.

- *Situazioni di emergenza*, in DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Vicenza, Cedam, 2015, p. 442.

CICONTE E., *Storia criminale. La resistibile ascesa di mafia, 'ndrangheta e camorra dall'Ottocento ai giorni nostri*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2008.

COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1994, p. 31.

CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, Cedam, 2010.

CURI F., *L. 19 marzo 1990, n. 55. Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di criminalità. Commento artt. 13-14*, in 'Leg. pen.', 1991, f. 3, p. 445.

DALL'ORA A., *La nuova legge*, in AA.VV., *Morte di un generale. L'assassinio di Carlo Alberto Dalla Chiesa, la mafia, la droga, il potere politico*, Milano, Mondadori, 1982, p. 198.

D'AMBROSIO L., *Testimoni e collaboratori di giustizia*, Padova, Cedam, 2002.

DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale ex art. 41 bis ord. penit.*, Milano, Giuffrè, 2005.

- *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, Giuffrè, 2012.

- *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis, comma 2, o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in AA.VV., *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti, Pisa, 9 e 10 novembre 2012*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 117.

- *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali: presente e futuro del regime speciale ex art. 41 bis o.p.*, Milano, Giuffrè, 2016.

DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della scommessa «anticustodialistica» agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»*, in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994, p. 71.

- *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in 'Giur. it', 2010, f. 12, p. 2511.

DE MINICIS F., *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in 'Dir. pen. proc.', 2014, f. 11, p. 1269.

DE RIENZO N., *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del tema della sicurezza*, in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1994, p. 97.

DI MARTINO C., *Il difficile connubio tra funzione rieducativa della pena e benefici penitenziari a favore dei pentiti*, in 'Rass. penit. crim.', 2003, f. 1-2, p. 227.

DINO A., *Sacco di Palermo*, in 'Narcomafie', 2005, f. 11, CLXXXIII.
- *Il silenzio infranto*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 2006, IX.

DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in 'Riv. it. dir. proc. pen.', 2015, f. 4, p. 1655.

D'ONOFRIO M., SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, Giuffrè, 2004.

ESPOSITO G., *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in 'Archivio penale', 1992, p. 133.

EUSEBI L., *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, in 'Cass. pen.', 2012, f. 4., p. 1220.

FALCONE G., *La posta in gioco: interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Milano, BUR, 2010.

FALCONE G., PADOVANI M., *Cose di Cosa Nostra*, Milano, Rizzoli, 1991.

FALZONE A., PICOZZI F., *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis. Commento a ordinanza del 31 gennaio 2012, Ufficio di Sorveglianza di Spoleto*, in 'Rass. penit. crim.', 2012, f. 2, p. 132.

FASSONE E., BASILE T., TUCCILLO G., *La riforma penitenziaria*, Napoli, Jovene, 1987.

FERRAJOLI L., *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in 'Quest. giust.', 1982, f. 2, p. 209.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007.

FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2011.

FIORENTIN F., *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia: alcune annotazioni alla luce della prima applicazione della legge n. 45/01*, aprile 2003, www.diritto.it.

- *Carcere duro: mano pesante sui colloqui. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *'Guida al diritto'*, 2009, f. 33, p. 72.

- *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, Giuffrè, 2013.

- *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *'G. cost.'*, 2013, f. 3, p. 2180.

FIORIO C., *In tema di verifica sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *'Giur. it.'*, 1993, f. 4, p. 313.

- *"Logiche" dell'emergenza e "razionalità" normativa*, in *'Giur. it'*, 2013, f. 3, p. 664.

- *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in BARGI A. (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 1138.

- *Quarant'anni di ordinamento penitenziario: bilanci e prospettive*, in *'Quest. giust.'*, 2015, f. 2, p. 49.

FRENI S., *'Ndrangheta: un fatturato illecito pari a quello di una multinazionale*, 26 marzo 2014, www.strettoweb.com.

GAITO A., *Il controllo sulle informazioni del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *'Giur. it.'*, 1992, f. 12, p. 698.

- *Primi disorientamenti giurisprudenziali in tema di controlli sull'esecuzione penitenziaria*, in *'Dir. pen. proc.'*, 2003, f. 12, p. 1531.

GAJA F., *L'esercito della lupara*, Milano, Masquis Editore, 1990.

GIORDANO P., *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, in *'Cass. pen.'*, 1997, f. 3, p. 916.

GIOSTRA G., *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *'Quest. giust.'*, 2015, f. 2, p. 61.

GRATTERI N., NICASO A., *Fratelli di sangue*, Milano, Mondadori, 2010.

GRECO A., *Tra l'incudine e il martello. La denuncia di chi ha denunciato (inchiesta sul mondo dei testimoni di giustizia)*, Cosenza, Luigi Pellegrini Editore, 2012.

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

GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *'Dei delitti e delle pene'*, 1992, f. 3, p. 123.

- *Criterio del «doppio binario», utilizzo della «premiabilità» e «degiurisdizionalizzazione» della legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in GIOSTRA G., INSOLERA G. (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 141.

IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata. Brevi note sul d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 202*, in *'Cass. pen.'*, 1992, f. 2, p. 438.

- *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *'Cass. pen.'*, 1993, f. 5, p. 1257.

INGRASCÌ O., *Donne d'onore. Storie di mafia al femminile*, Milano, Mondadori, 2007.

LA LICATA F., *Mafia, politici, pentiti*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 2006, p. 63.

LAMANNUZZI M., *L'ergastolo ostativo. Una pena in contrasto con la dignità*, agosto 2014, www.ristretti.it.

LUPO S., *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Roma, Donzelli, 1996.

- *Alle origini del pentitismo: politica e mafia*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 2006, p. 113.

MAMBRIANI A., *La detenzione domiciliare: primi spunti sistematici*, in *'Giust. pen.'*, 1988, f. 8-9, p. 385.

MARGARA S., *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975. La magistratura di sorveglianza*, in *'Dir. pen. proc.'*, 1995, f. 2, p. 881.

MARIANI E., *A proposito di C. Musumeci, A. Pugiotto. "Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo"*, in *'Riv. it. dir. proc. pen.'*, 2016, f. 1, p. 487.

MANZIONE D., *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. 152/91 e l. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in *'Leg. pen.'*, f. 4, 1992, p. 841.

MARTELLI C., *Brevi osservazioni sul decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, contenente misure di contrasto alla criminalità mafiosa*, in *'Documenti Giustizia'*, 1992, f. 6, p. 614.

MARTINI A., *D.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modificazioni nella l. 7 agosto 1992, n. 352 - Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. Art. 15 - Divieto di concessione di benefici per gli appartenenti alla criminalità organizzata*, in *'Leg. pen.'*, 1993, f. 1, p. 186.

- *D.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modificazioni nella l. 7 agosto 1992, n. 352 - Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. Art. 19 - Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, in *'Leg. pen.'*, 1993, f. 1, p. 207.

MASTROPASQUA G., *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario ex art. 41-bis legge 26 luglio 1975*, in *'Il diritto di famiglia e delle persone'*, 2014, f. 1, p. 229.

MAZZA O., VIGANÒ F. (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, Giappichelli.

MONTAGNA M., *In tema di accertamento della pericolosità del condannato ed informazioni del c.p.o.s.*, in *'Cass. pen.'*, 1993, f. 6, p. 1551.

MOSCONI G., *La controriforma carceraria*, in *'Dei delitti e delle pene'*, 1991, f. 2, p. 141.

MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

NUVOLONE P., *Politica criminale e pentimento del reo*, in 'L'indice penale', 1982, f. 1, p. 143.

PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in 'Riv. it. dir. proc. pen', 1986, f. 2, p. 398.

PAGLIARO A., *Aspetti di politica criminale nella lotta contro la mafia*, in AA.VV., *Criminalità organizzata tra repressione e prevenzione - Convegno di Studio - Taormina, Messina, 13-14-15 novembre 1992*, Messina, 1994.

PALAZZO F., *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, 10 febbraio 2014, www.penalecontemporaneo.it.

PAVARINI M., *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in 'Riv. it. dir. proc. pen.', 1976, f. 1, p. 262.

- *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, Utet, 2002.

- *Il 'carcere duro' tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in 'Criminalia', 2007, p. 249.

PELISSERO M., *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in 'Dir. pen. proc.', 2016, f. 9, p. 1225.

PEPINO L., *Superprocura e dintorni...(appunti su presente e futuro del pubblico ministero)*, in 'Quest. giust.', 1992, f. 2, p. 257.

PERONI F., *Art. 41-bis, co 2, ord. pen.: ai fini del reclamo, parificati i termini per detenuto e difensore*, in 'Dir. pen. proc.', 2012, f. 4, p. 426.

PETACCO A., *Il Prefetto di Ferro*, Milano, Mondadori, 2004.

PETRINI D., *L. 23.12.2002, n. 279 - Modifica degli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. Il regime di "carcere duro" diventa definitivo in materia di trattamento penitenziario*, in 'Leg. pen.', 2003, f. 2, p. 229.

PICOZZI F., *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in 'Rass. penit. crim.', 2015, f. 2.

PRELATI G., *Il procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit. dal punto di vista pratico-operativo*, in 'Giur. it.', 2003, f. 12, p. 2436.

PRESUTTI A., *'Alternative' al carcere e regime delle preclusioni*, in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1994, p. 62.

PUGIOTTO A., *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, 13 giugno 2016, www.penalecontemporaneo.it.

PULITANÒ D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *'Riv. it. dir. proc. pen.'*, 1986, f. 4, p. 1005.

- *Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata*, in CNPDS (a cura di), *I reati associativi*, Milano, 1998.

RICCI A., *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo"*, Lavis, Cedam, 2013.

RIOLO S., *La legislazione premiale antimafia*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 2006, p. 3.

RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2002.

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002.

- *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *'Studium Iuris'*, 2003, f. 4, p. 417.

- *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *'G. cost.'*, 2013, f. 3, p. 2176.

SAMMARCO A. A., *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *'Riv. it. dir. proc. pen.'*, 1994, f. 3, p. 871.

SANTINELLI F., *Limitazioni e controlli della corrispondenza*, in DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Vicenza, Cedam, 2015, p. 241.

SASSANO F., *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia*, Torino, Giappichelli, 2002.

SCARDACCIONE G., *Il modello riparativo di giustizia: la sfida «impossibile» dell'applicazione ai reati di mafia*, in *'Mediæres'*, 2007, f. 9, p. 29.

SCIARRONE R., *Passaggio di frontiera: la difficile via di uscita dalla mafia calabrese*, in DINO A. (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 2006, p. 129.

SPATARO A., *Per i collaboratori di giustizia legge scoraggia-collaborazioni*, in *'Diritto e giustizia'*, 10 marzo 2001, www.movimentoperlagiustizia.org.

SPRICIGO B., *La 'riflessione critica sul reato' e l'automatismo dell'art. 4-bis o.p.*, in *'Criminalia'*, 2013, p. 619.

VASSALLI G., *Il pentitismo e le sue insidie*, in *'Mondoperaio'*, 1985, f. 11, p. 16.

VITELLO S. F., *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *'Cass. pen.'*, 1994, f. 12, p. 2861.