

Il doppio binario penitenziario: ostacolo o incentivo alla rieducazione del condannato?

Ch. ma Prof.ssa Paola BALDUCCI

RELATORE

Ch. mo Prof. Mitja Gialuz

CORRELATORE

Marco CONSIGLIO - 147103

CANDIDATO

Introduzione.....	4
-------------------	---

CAPITOLO I

L'EMERGENZA IN TEMA DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

1. La criminalità organizzata. Descrizione del fenomeno.....	6
2. Le risposte del legislatore.....	10
2.1 L'intervento normativo sulle disposizioni di diritto penale: l'art. 416 <i>bis</i> c.p.....	21
2.2 Le misure preventive.....	32
2.3 Gli interventi in ambito processuale penale.....	42

CAPITOLO II

IL DOPPIO BINARIO PENITENZIARIO

1. Il diritto penitenziario: le fonti nazionali e sovranazionali.....	48
1.1 Art. 27 comma 3 Cost. della Costituzione.....	56
2. Il legislatore penitenziario dell'allarme sociale.....	60
2.1 Genesi e ratio dell'art.4- <i>bis</i> dell'ordinamento penitenziario.....	60
2.2 L'evoluzione normativa.....	66
3. I destinatari della disciplina ed i reati di maggior allarme sociale preclusivi per fasce	72
3.1 L'accesso ai benefici penitenziari: i reati di "prima fascia" e di "seconda fascia"	72
3.2 I reati ostativi di "terza fascia" e le condizioni di accesso ai benefici per i sex offenders.....	78
4. I benefici penitenziari e le misure alternative alla detenzione: tra prevenzione e rieducazione.....	80
5. Le preclusioni penitenziarie relative al cumulo delle pene.....	84

CAPITOLO III

IL REGIME DETENTIVO SPECIALE: L'ART. 41-BIS ORD. PENIT.

1. Prevenzione e rieducazione: perché i regimi carcerari differenziati.....	88
2. L'evoluzione storica del carcere duro.....	91
3. Carcere di massima sicurezza e legislazione antimafia.....	94
4. I circuiti "Alta sicurezza" ed "Elevato indice di vigilanza".....	96
5. Il carcere duro di cui all'art. 41- <i>bis</i>	100
6. Il regime di sorveglianza particolare ex art. 14- <i>bis</i> dell'ordinamento penitenziario: tra pericolosità sociale e pericolosità penitenziaria.....	107

7. Presupposti e finalità del “carcere duro”	111
7.1 I potenziali destinatari del regime.....	113
7.2 Il contenuto del regime	116
7.3 La proroga	120
7.4 Il controllo giurisdizionale: il caso Cospito	122

CAPITOLO IV

IL DOPPIO BINARIO PENITENZIARIO TRA COSTITUZIONE E CEDU

1. Le radici storiche dell’ergastolo	127
2. La compatibilità costituzionale.....	129
3. L’ergastolo ostativo: le differenze con l’ergastolo comune	131
4. L’ergastolo ostativo nella giurisprudenza della Corte EDU: il caso Viola c. Italia.....	132
5. Gli interventi della Corte costituzionale: sentenze nn. 149 del 2018 e 253 del 2019	135
6. Evoluzione della disciplina di favore per i collaboratori di giustizia.....	143
7. Corte Cost. n. 97 del 2021: l’ergastolo ostativo al capolinea?	145
8. Il d.l. n. 162/2022 e la relativa legge di conversione (legge 30 dicembre 2022, n. 199)	146
9. Le problematiche poste dal provvedimento del governo	148
Conclusioni	150
Bibliografia	162

Introduzione

La disciplina penitenziaria, nel corso della sua evoluzione, è stata oggetto di numerosissimi interventi del legislatore che più volte è intervenuto per adeguarla ai principi costituzionali, nonché a necessità pratiche e strutturali, come l'esigenza di evitare il sovraffollamento carcerario. Questi continui interventi sono stati sollecitati dalla dottrina e spesso "imposti" dalla giurisprudenza costituzionale, in quanto la Corte costituzionale è stata protagonista di un'opera di modellamento della disciplina penitenziaria al fine di renderla il più possibile compatibile con i principi costituzionali. Ciò è avvenuto soprattutto a seguito delle stragi di mafia degli anni Novanta.

«La mafia ha mutato il suo volto in Sicilia, in Italia, nel mondo: non è più quella della "coppola storta" o dei gangsters sgominati da Kefauver negli Stati Uniti, ma si è adeguata ai tempi ed ai costumi nuovi, diventando più sfuggente e proteiforme, con centri di potere sempre più insospettabili o, se sospettati, non suscettibili di pronto ed agevole smascheramento. Talora, in questa prospettiva, la tragedia assume colore di una farsa sfacciata che recita, senza canovaccio, l'offesa permanente alla giustizia dello Stato. Da ultimo la mafia si è insinuata anche nell'amministrazione pubblica, operando con maggiore successo nei rami autonomi della gestione amministrativa al punto da determinare situazioni "medio-orientali" in taluni settori della burocrazia».

Con queste parole, nel lontano 1975, Giuseppe De Cesare chiudeva la sua voce enciclopedica dedicata alla "Mafia", sull'Enciclopedia del diritto. Sono parole lontane, sembrano parole attuali. La mafia, dal lontano 1975, ha fatto tanta strada, diventando imprenditrice, innestandosi come un cancro nel tessuto politico, economico e sociale, come un cancro che si riproduce e, soprattutto uccide, con le armi, ma non solo.

La lotta alla criminalità organizzata costituisce da sempre una costante nella politica legislativa, soprattutto a partire dagli anni Novanta del secolo scorso in poi, a

seguito di una serie di eventi drammatici che hanno colpito il nostro Paese, quali, in particolare, gli omicidi dei magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino.

Lo Stato, infatti, è intervenuto in maniera repressiva, modificando in maniera significativa la disciplina penitenziaria per assestare un colpo duro alla mafia, reagendo sull'onda emotiva di fatti gravissimi e drammatici che hanno smosso le coscienze e l'opinione pubblica, che reclamavano interventi decisi. La giurisprudenza, tuttavia, non può lasciarsi tradire dall'emozione e subito ha messo in luce, su suggerimento della dottrina, le numerose ambiguità della disciplina delineata dal legislatore degli anni Novanta.

Obiettivo dell'elaborato è quello di dare conto di queste evoluzioni normative in materia di accesso ai benefici penitenziari, attraverso una scrupolosa analisi dottrinale e giurisprudenziale.

CAPITOLO I

L'EMERGENZA IN TEMA DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

1. La criminalità organizzata. Descrizione del fenomeno

“La mafia ha mutato il suo volto in Sicilia, in Italia, nel mondo: non è più quella della “coppola storta” o dei gangsters sgominati da Kefauver negli Stati Uniti, ma si è adeguata ai tempi ed ai costumi nuovi, diventando più sfuggente e proteiforme, con centri di potere sempre più insospettabili o, se sospettati, non suscettibili di pronto ed agevole smascheramento. Talora, in questa prospettiva, la tragedia assume colore di una farsa sfacciata che recita, senza canovaccio, l'offesa permanente alla giustizia dello Stato. Da ultimo la mafia si è insinuata anche nell'amministrazione pubblica, operando con maggiore successo nei rami autonomi della gestione amministrativa al punto da determinare situazioni “medio-orientali” in taluni settori della burocrazia”¹.

Con queste parole, nel lontano 1975, Giuseppe De Cesare chiudeva la sua voce enciclopedica dedicata alla “*Mafia*”, sull'Enciclopedia del diritto. Sono parole lontane, sembrano parole attuali.

Il concetto di "mafia" ha carattere "sovraordinato", nel senso che condensa ed assorbe significati diversi, storicamente stratificati: esso cioè “attualmente indica, nel medesimo tempo, uno specifico modello di associazione per delinquere, un fenomeno storico-sociale, un codice culturale, una struttura di potere che interagisce col sistema legale considerato nella molteplicità delle sue articolazioni”². Sotto tale ultimo aspetto, la criminalità mafiosa ha progressivamente assunto negli ultimi anni un ruolo del tutto nuovo, atteggiandosi

¹ DE CESARE C., *Mafia*, in ED., Torino, 1975, p. 251.

² FIANDACA G., *Misure di prevenzione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XVIII, Torino, 1994, p. 1142. Cfr., in generale, sul tema, BARILLARO M., *Il reato di associazione mafiosa*, Milano, 2011, p. 1 ss.; MAIELLO V. (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015.

come soggetto politico-economico che, a seconda del particolare momento storico, convive, si intreccia e confligge con i poteri dello Stato.

L'origine storica del fenomeno ha radici risalenti, che non è possibile indagare in maniera dettagliata in questa sede, in quanto condurrebbe lontano rispetto a quelli che sono gli obiettivi dell'indagine. Giova solo segnalare che qualche studioso ha ricondotto la nascita del fenomeno addirittura già agli albori del Cinquecento³.

Invero, secondo le opinioni più accreditate, il moderno concetto di mafia viene ricollegato alle modalità abnormi, e del tutto atipiche, con le quali lo Stato di diritto e l'economia di mercato si sono affermati al Sud, con particolare riguardo alla Campania, Calabria e Sicilia.

Secondo questa impostazione, lo Stato, piuttosto che riscuotere legittimità e fiducia avvalendosi dei suoi mezzi, avrebbe preferito delegare a gruppi violenti presenti sul territorio e dotati di grande rispetto e prestigio presso le comunità locali la tutela dell'ordine pubblico, condividendo, poi, con tali gruppi, l'esercizio della funzione di coercizione e il controllo del territorio locale.

Dal punto di vista delle transazioni economico-commerciali, poi, tali gruppi mafiosi avrebbero garantito un certo grado di sicurezza e affidabilità che, diversamente, sarebbero del tutto assenti in territori che non erano dotate di strade di comunicazione sicure e caratterizzate da relazioni personali di "tipo arcaico improntate al sospetto reciproco"⁴.

Intesa in questi termini, la mafia rappresenta una sorta di retaggio feudale che sopravvive alla modernità, adattandosi in maniera periodica e riuscendo a sopravvivere a sé stessa: gran parte della sua specificità, invero, consiste proprio in quella che è stata definita "ibridazione culturale"⁵, ossia in una sorprendente combinazione di modernità e conservatorismo. Sotto il profilo meramente sociologico, si è parlato, più di recente, di "mafia imprenditrice", per mettere in

³ In tal senso si v. CANCELLO O., *Come andavano le cose nel sedicesimo secolo*, Palermo, 1984, p. 44 ss.

⁴ FIANDACA G., *Misure di prevenzione*, cit., p. 1145. In tal senso si v. anche LUPO S., *Storia della mafia dalle origini ai nostri giorni*, Roma, 1993, p. 130 ss.

⁵ CATANZARO R., *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Bologna, 1991, p. 55.

evidenza la svolta imprenditoriale che la mafia ha messo in atto a partire soprattutto dagli anni Settanta del secolo scorso, ossia dal momento in cui le organizzazioni mafiose hanno deciso, come logica imprenditoriale, di reinvestire i loro proventi illeciti, in particolare quelli provenienti dalla droga, in attività del tutto lecite, tipiche di una economia moderna⁶.

Si è messo in luce, tuttavia, che “il concetto di "impresa mafiosa" non è esente da riserve, in quanto sembra racchiudere una contraddizione: l'imprenditoria di mercato si è storicamente formata infatti in seguito all'espulsione, almeno in via di diritto, delle prassi predatorie e violente. Le perplessità peraltro crescono se si privilegia un modello concettuale di impresa che la identifica con una realtà organizzativa che non si limita a produrre profitto, ma che genera benessere collettivo e sviluppo”⁷.

Quello che è certo è che la mafia è caratterizzata da precisi codici culturali. Invero, fino ad un passato nemmeno tanto recente, molte interpretazioni antropologiche tendevano a spiegare l'agire mafioso in chiave sostanzialmente subculturale, estremizzando i valori tipici della tradizione siciliana.

Negli ultimi vent'anni, invece, si è verificata una inversione di tendenza, a causa della preoccupazione di privare la mafia di quelle coperture di tipo ideologico e culturale che, in passato, tendevano a ridimensionare o comunque a rinnegare la dimensione criminale⁸. Si è messa in luce la tendenza, “diffusa specialmente nel passato, a ravvisare nella mafia un fenomeno associativo non necessariamente

⁶ Cfr. ampiamente sul tema ARLACCHI P., *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'Inferno*, Torino, 2010, p. 10 ss.

⁷ FIANDACA G., *Misure di prevenzione*, cit., p. 1147. Secondo l'A., in particolare, «infatti l'attività economica della mafia crea più profitto che sviluppo, i mafiosi eccellono in un certo tipo di finanza e di commercio definibili «di rapina». Più di recente, l'idea di concepire l'attività mafiosa come una speciale forma di impresa è stata ripresa nel senso di assimilare la mafia a "un'industria che produce, promuove e vende protezione privata", in un contesto sociale tradizionalmente caratterizzato - appunto - da una profonda sfiducia dei cittadini meridionali sia nei confronti delle regole impersonali del mercato sia delle leggi statali. A ben vedere, l'impostazione è suggestiva, ma pretende di spiegare troppo. Essa coglie una funzione dell'agire mafioso, specie di quello più tradizionale, ma sembra sottodimensionare altre caratteristiche fondamentali della mafia attuale: la quale ricorre alla violenza e all'uso spregiudicato del potere per conseguire profitti e sempre più potere».

⁸ PEZZINO P., *Stato violenza e società. Nascita e sviluppo del paradigma mafioso*, in AYMAR DM., GIARRIZZO G., *La Sicilia*, Torino, 1987, p. 905 ss.

connotato in senso criminale fungeva, in realtà, da pregiudiziale socio-culturale che ostacolava, in termini (per dir così) di "precomprensione" ermeneutica, la sussumibilità delle organizzazioni mafiose sotto il generale paradigma criminoso dell'associazione per delinquere"⁹.

La difficoltà, piuttosto risalente, di assoggettare la mafia ad un controllo penale spiega il motivo per cui, con l'obiettivo di fronteggiarla, si è fatto un ricorso ampio, per certi versi esasperato, alle misure di prevenzione, dando vita ad una sorta di sottosistema parallelo assai più duttile, da utilizzare come "scorciatoia" per sfuggire alle difficoltà probatorie tipiche del tradizionale processo penale.

La criminalità organizzata si caratterizza per alcune connotazioni che la differenziano dalle altre forme delinquenziali per via della circostanza che vede i suoi componenti collocarsi al di fuori della sfera di validità dell'ordinamento giuridico agendo in maniera sistematicamente sorretta da un'architettura che costituisce una cellula avente proprie regole. In altri termini, oltre che essere orientata a perseguire dei "fini illeciti" con sistematicità, la criminalità organizzata si dota di uno schema di condotta condiviso dai componenti, adottando metodi di azione propri.

Se si pensa all'esempio più plastico di "criminalità organizzata", le mafie tradizionali, si rinvengono, infatti, usi che configurano un quadro di riferimento che si presenta separato dalla società civile, come i rituali iniziatici, specifiche modalità di offesa e persino modelli comportamentali ben caratterizzati¹⁰ che non hanno, unicamente, un ruolo strumentale agli obiettivi perseguiti ma, anche, una forma di comunicazione simbolica di potere.

Le organizzazioni criminali, tra l'altro, possono anche assumere forme e modalità di azione non caratterizzate da una rigida chiusura rispetto al sistema giuridico,

⁹ INGROIA A., *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, p. 46. Da qui le ricorrenti resistenze della dottrina e della giurisprudenza meno recenti a qualificare la mafia un'associazione punibile, e da qui anche, sul concreto terreno processuale, la ben nota difficoltà di provare sia l'esistenza dell'associazione sia, soprattutto, la finalizzazione di essa al perseguimento di veri e propri obiettivi criminosi: cfr. FIANDACA G., *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro italiano*, 2, 1991, p. 472 ss.

¹⁰ FIANDACA G., *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, p.2

come dimostrano le sempre più diffuse infiltrazioni in ambiti economici legalmente operativi, o in ambienti politici e sociali che si presentano come viatici per gestire le attività in maniera, almeno apparentemente, legale¹¹.

Il giudizio sul fenomeno in oggetto può assumere forme versatili che spaziano da considerazioni di natura giuridica, a quelle morali, politiche, di sicurezza e, soprattutto, economiche.

2. Le risposte del legislatore

A fronte di quanto descritto nelle pagine precedenti, l'azione di contrasto alla criminalità organizzata, che si è andata sviluppando nel nostro ordinamento, ha prodotto una "stratificazione normativa" che tutt'oggi, come si vedrà, appare innestata nel quadro tradizionale del sistema disegnato dal codice penale del 1930 anche se ricca di ramificazioni prodottesi nel tempo.

Per quanto attiene alla genesi del processo di trasformazione del volto del diritto penale nell'orientamento che si è dato nella lotta alla criminalità organizzata si rinviene una natura "speciale", riconducibile, cioè, ad una particolare, e dunque contingente, emergenza. Ne è nato un vero e proprio "diritto penale della criminalità organizzata"¹² che è invero preesistente allo stesso codice Rocco. Lo Stato è infatti progressivamente intervenuto in molteplici settori dell'ordinamento, incidendo sul diritto penale, sia sostanziale che processuale, ma anche su quello amministrativo, penitenziario e finanche costituzionale.

Si tratta, a tutti gli effetti, di una "legislazione d'emergenza", una formula che presenta il limite nel rilievo che la prospettiva impiegata nella formulazione delle leggi rinvia ad un orizzonte temporale dei fenomeni e delle corrispondenti risposte normative solo temporaneo, se non addirittura "eccezionale", ovvero riconducibile alla situazione da cui è scaturita. È nota la lotta condotta dal giudice Giovanni Falcone che riteneva non corretto trattare il fenomeno mafioso come un'emergenza,

¹¹Ivi, p.45.

¹²L'espressione è di VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 648 s.

denunciando che tale atteggiamento provocasse il rischio di ricondurre il fenomeno ad un imprevisto e non ad un sistema operativo che, in maniera costante e trasversale, minacciava l'intera società civile.

Il giudice Falcone si domandò, in merito, “sulla base di quali presupposti può essere considerato emergenza un fenomeno criminale che ha origine anteriore alla nascita dello Stato unitario, che ha resistito alle commissioni antimafia e che è divenuto negli anni un fattore sempre più destabilizzante della democrazia”¹³.

Il protrarsi della vigenza delle norme di punizione della criminalità organizzata, unitamente all'estensione della portata di molte di esse ad altri settori di attività criminali ha, ben presto, indotto a denunciare la connotazione di “perenne emergenza” dell'ordinamento¹⁴.

Con il diffondersi di una forma stabile e strutturata della criminalità, ovvero non più riducibile a fenomeno isolato, la sua percezione è divenuta continuativa, sia pure con varietà di forme di manifestazione delle aggregazioni. Se, però, si passa a considerare le regole adottate per il contrasto alle organizzazioni criminali si riscontrano risposte normative, per lo più specifiche e settoriali, definite sulla scia degli echi lasciati da vittime eccellenti o dallo scalpore creato da comuni cittadini caduti sotto i suoi colpi.

Già il Codice Zanardelli del 1889, all'art. 248, sanzionava l'associazione composta da almeno cinque persone tesa a commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o il buon costume e l'ordine delle famiglie o contro la persona o la proprietà. La scelta del Codice Zanardelli era frutto della sintesi tra la sanzione, contenuta nell'art. 426 del Codice Sardo-Italiano del 1859, dell'associazione “di malfattori”¹⁵, e la “società” formata da almeno tre persone,

¹³ FALCONE G., *Emergenza e stato di diritto*, (1985), in AA.VV., *Interventi e proposte (1982-1992)*, Firenze, 1994, p.4.

¹⁴ MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 97.

¹⁵ Secondo l'art 426 del codice del 1859, l'associazione di malfattori era costituita da un “numero non minore di cinque” e “costituisce per se stessa un reato contro la pubblica tranquillità”.

protesa alla commissione di una serie di reati, prevista dal Codice toscano del 1853¹⁶.

Il Codice Rocco del 1930 cercò di fornire una risposta ai dibattiti che, soprattutto a partire dagli anni Venti, si erano sviluppati intorno alla natura giuridica dell'associazione mafiosa, tra coloro¹⁷ che arrivarono a considerarla addirittura un'associazione benefica, in quanto volta a reprimere i conflitti, quelli¹⁸ che ritenevano inopportuno utilizzare la categoria generale dell'associazione a delinquere per il fenomeno mafioso, considerato un fenomeno a sé stante, e coloro che invece non ritenevano ragionevole introdurre un reato di associazione mafiosa diverso da quello dell'associazione a delinquere.

La scelta del codice penale del 1930 di non prevedere norme specifiche di contrasto delle organizzazioni criminali, né di dedicarvi un settore autonomo, dimostra che la posizione assunta è stata impostata sulla considerazione dell'analogia tra associazione a delinquere e associazione mafiosa.

Si tratta, tra l'altro, di un atteggiamento che affonda la sua origine ancora prima, quando con l'unità d'Italia era prevalsa l'idea di considerare il problema della criminalità organizzata solo "una delle tante appendici del fenomeno della pubblica sicurezza"¹⁹.

Le organizzazioni malavitose venivano, infatti, perseguite in base alle indagini di polizia, sottese a garantire l'espletamento della loro funzione finalizzata alla gestione della sicurezza, mancando di un quadro di interventi strategici finalizzati a debellarle. Si escluse, così, la materia dal codice penale per trattarla come un problema eccezionale, configurandola come un fenomeno disinserito dal contesto e frutto di elementi incontrollabili con le leggi. Il codice penale del 1930 considerò l'associazione criminale un illecito caratterizzato dalla presenza stabile di un

¹⁶ Cfr. RONCO M., *L'art 416-bis nella sua originale e nella sua attuale portata applicativa*, in ROMANO B., TINEBRA G. (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 43 ss.

¹⁷ Ricostruisce il dibattito RONCO M., *L'art 416-bis nella sua originale e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 46 ss.

¹⁸ PUGLIA G.M., *Il "mafioso" non è un associato per delinquere*, in *La Scuola Positiva*, 1930.

¹⁹ MIGNOSI P., *Profili e problemi*, Palermo, 1927, p.143.

gruppo finalizzato ad atti criminali in cui non veniva a concretizzarsi un singolo reato, in concorso di persone, ma si privilegiava il ricorso, nell'ambito della tutela dello Stato, incriminando l'associazione sovversiva (art.270), la cospirazione politica mediante associazione (art. 305), la banda armata (art. 306)²⁰.

Ciò che emergeva era, dunque, l'assoluta carenza di una disciplina specifica, tesa a regolare il fenomeno della "criminalità organizzata" che, di fatto, veniva studiata solo nella sua manifestazione esteriore, perseguendone i reati.

La figura associativa era un contenitore del tutto generico, utilizzato per la tutela dell'ordine pubblico: la condotta illecita, prevista dall'art. 416 c.p. estende, come si vedrà, ad un programma criminoso relativo ai reati più disparati, lo scopo dell'associarsi fra almeno tre persone. Ci si è, così, distaccati dal principio, affermato nella parte generale, che si basava sulla mancata sottoposizione a pena, di un accordo che non sia seguito dalla commissione di un delitto.

Inoltre, si è finito per perdere di vista l'esigenza di rinvenire un preciso referente criminologico della incriminazione che, alla verifica giurisprudenziale, si è rivelata di difficile applicazione alla concreta realtà delle organizzazioni criminali.

Da un'osservazione postuma, non può che trarsi che il prolungato confino del contrasto al fenomeno alle sole risposte extra-penali stesse riflettendo l'indubbio ritardo nella valutazione politica della sua gravità.

La storia avrebbe, infatti, dimostrato come, nel 1943, con lo sbarco delle truppe alleate in Sicilia, la mafia fosse tornata a manifestarsi: ne furono esempi efferati dapprima l'uccisione di una serie di sindacalisti che lottavano per i diritti dei contadini, e poi, dopo vent'anni, la strage, nel 1963, di uomini dello Stato a Ciaculli, nei pressi di Palermo²¹.

In tali anni era in atto il progetto per l'istituzione della "Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia", di cui si discuteva già nel 1948. Il

²⁰ PETTA M., *Reati associativi e libertà di associazione*, in *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, 2000, 1984, p. 198 s.; PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, p.89.

²¹ La strage di Ciaculli fu un attentato effettuato da Cosa Nostra, nel 1963 in cui persero la vita 4 uomini dell'Arma dei Carabinieri, 2 dell'Esercito Italiano, e un sottufficiale del Corpo delle Guardie di P.S. (attuale Polizia di Stato).

progetto venne ripreso nel 1962, per protrarne i lavori per quattro legislature, pubblicando i risultati degli approfondimenti elaborati solo nel 1976²². Tale lentezza sembra indicare una mancanza di visione d'insieme del fenomeno, ovvero la sua persistente considerazione di attività non sistematica, bensì improvvisata. Ciò nonostante, tale pubblicazione non sfociò, neppure allora, in proposte di incriminazioni specifiche da estendersi alla criminalità organizzata, lasciando al versante extra-penale la sua disciplina.

La strage di Ciaculli aveva portato all'adozione, nel 1965, di un provvedimento ("Disposizioni contro la mafia": l. 31 maggio 1965, n. 575) che, pur dichiarando, sin dal titolo, la finalità di contrasto del fenomeno, ancora una volta non aveva predisposto strumenti penali di intervento, limitandosi ad estendere, ai soggetti "indiziati di appartenere ad associazioni mafiose", l'applicabilità delle misure di prevenzione di polizia allora vigenti. Si trattava di misure non indirizzate specificatamente alle mafie, essendo già previste nei confronti delle persone ritenute essere pericolose per la sicurezza pubblica²³.

Si dovette attendere il 1982 per elaborare un sistema di prevenzione di tipo patrimoniale che risultasse sganciato dalle misure personali introdotte, per estensione, dalla legge del 1965²⁴.

La legge Rognoni-La Torre, dunque, si insinuò tra atteggiamenti di "indifferenza" pubblici nei confronti della mafia, che, fino ad allora, erano prevalsi. Il tenore di tali posizioni neutre rispetto al problema delle mafie era stato, d'altronde, ben denunciato nel 1976, nelle sintesi pubblicate dalla prima Commissione parlamentare antimafia citata. Nella ricerca di una spiegazione di tale atteggiamento si rinviene, anche, una motivazione formale, ovvero cognitiva, insita nella mancanza di una definizione sicura della nozione di "criminalità organizzata" che, fino al 1982, sembrava assurgere ad una mera forma di criminalità che si

²² Antecedente importante, ma molto risalente, era stata la simile commissione d'inchiesta nel Parlamento del Regno d'Italia (istituita con l. 3.7.1875), i cui lavori contenevano ampi riferimenti alla questione della sicurezza pubblica in Sicilia ed in particolare alla mafia: cfr. Relazione della giunta per l'inchiesta delle condizioni della Sicilia, 1876, specie 111 s

²³ L. 27.12.1956 n. 1423.

²⁴ Legge abrogata dal codice delle leggi antimafia: art. 120 co. 1 lett. b) d. lgs. 6.9.2011 n. 159.

manifestava, esteriormente, in modalità collettiva e che svolgeva attività illecite²⁵. Solo l'*escalation* della violenza mafiosa, registrata negli anni Settanta del secolo scorso e che provocò la morte di politici, magistrati e giornalisti, riuscì a deviare l'atteggiamento istituzionale descritto ponendo le basi per l'avvio di un'azione di contrasto avvalendosi, anche, del terreno propriamente penalistico.

Il consolidamento della natura penale delle soluzioni apportate, però, tardava ad arrivare, come è evidente nelle successive modifiche apportate, che si mostravano, sempre, al di fuori di un disegno organico.

La farraginosità di tali interventi si spiegava, tra l'altro, nelle difficoltà incontrate dal legislatore alla ricerca di un equilibrio fra l'esigenza di strumenti più efficaci e il quadro di garanzie penalistiche tradizionali cui sottoporle.

Tutto ciò avrebbe prodotto una sorta di stratificazione normativa, sviluppata in quasi 50 anni di lotta alla criminalità organizzata, in un cammino delineatosi nello stesso periodo, nell'ambito della lotta al terrorismo.

La sua natura emergenziale è evidente nell'adozione ricorrente di decreti legge in risposta agli attacchi con cui si è a lungo manifestato il fenomeno in commento. In relazione alla soluzione del problema definitorio, con l'inserimento all'interno del codice penale dell'art. 416 *bis* sull'associazione di tipo mafioso²⁶, oltre che riferimento innovativo anche a livello internazionale, si è cercato di stabilirne il tenore avviando ulteriori dibattiti.

Tra questi si cita quello relativo alla ricerca di un'armonizzazione delle risposte dei singoli ordinamenti in materia, ma anche la messa a fuoco dell'ulteriore nozione di "criminalità transnazionale", proprio a partire da alcune delle più significative

²⁵ ZAFFARONI E.R., *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in MOCCIA S. (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Napoli, 1999, p. 63 s.

²⁶ L'articolo è stato, tra l'altro, oggetto di vari rimaneggiamenti, sia rispetto alla rubrica (D. l. 23 maggio 2008 n. 92 conv. l. 24 luglio 2008 n. 125), sia in relazione alle condotte illecite (la modifica volta a colpire i rapporti fra associazione mafiosa e la politica, con l'aggiunta al 3° comma della finalità di "impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali": art. 11 *bis* d.l. 306/1992 conv. l. 356/1992), e più volte rispetto ai livelli sanzionatori (l. 5 dicembre 2005 n. 251; d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. l. 24 luglio 2008 n. 125, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*; e da ultimo art. 5 co. 1 lett. a l. 27 maggio 2015 n. 69 *Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*).

manifestazioni dei traffici illeciti organizzati²⁷. I reati a carattere associativo sono stati, dunque, analizzati nel contesto di rilevanza penale, analizzandone, anche, le attività marginali e le condotte ad esse associate²⁸.

Nella direttrice descritta si sono innestate, poi, le incriminazione di tipologie di condotte nuove riferibili alle infiltrazioni delle organizzazioni criminali in altri mondi vitali, quali l'economia, le professioni, la politica. L'inasprimento sanzionatorio ha riguardato sia il livello edittale di base dei vari reati che le circostanze aggravanti pensate ad hoc²⁹, la cui portata applicativa è stata estesa a qualsiasi reato che si possa collegare alle organizzazioni criminali, anche solo per i metodi adottati. Per quanto attiene alle forme di premialità nella commisurazione delle pene, previste nei casi di condotte collaborative, la loro efficacia sull'emersione del fenomeno non è stata disgiunta dalla politica di cautele.

Anche gli aspetti contigui, come l'irrigidimento del regime penitenziario per i responsabili di reati di criminalità organizzata; l'articolazione di regimi processuali particolari in materia, ad esempio, le intercettazioni telefoniche o ambientali o le misure cautelari, la limitazione dell'oralità del dibattimento per evitare la possibilità della dispersione dei mezzi di prova³⁰; l'introduzione di nuovi organi investigativi, sia a livello di polizia (DIA- Direzione Investigativa Antimafia) che di coordinamento delle indagini (si pensi alla Procura Nazionale Antimafia, poi divenuta anche Antiterrorismo)³¹ hanno costituito le risposte *ad hoc*.

²⁷ Cfr. l'art. 61-*bis* c.p. (introdotto dall'art. 5 d. lgs. 1° marzo 2018 n. 21) che recepisce le previsioni dell'art. 4 l. 16 marzo 2006 n. 146, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli dell'ONU contro il crimine organizzato transnazionale*, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.

²⁸ DE FRANCESCO A., *L'estensione delle forme di partecipazione al reato: uno sguardo sistematico su alcune recenti proposte in tema di criminalità organizzata*, in *Ind. Pen.*, 2009, p.393

²⁹ Oltre al già ricordato art. 61 *bis* (supra nt. 26), cfr. l'art. 416 *bis* 1, co. 1, circostanza aggravante per reati connessi a attività mafiose, che recepisce le previsioni dell'art. 7 d.l. 152/1991 conv. in l. 203/1991.

³⁰ Cfr. i richiami normativi contenuti nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. in tema di competenza della procura distrettuale. Sul "doppio binario" processuale, cfr. la visione estremizzante di GAETA P., *Il 'processo di criminalità organizzata' tra frammenti di norme e Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 3016 ss.

³¹ Già dopo l'assassinio del Prefetto Carlo Della Chiesa era stato istituito un organo per coordinare gli interventi di contrasto al fenomeno: l'Alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la mafia, (d.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv. l. 12 ottobre 1982, n. 726, *Misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa*).

In tale quadro occorre ricordare anche i meccanismi selettivi pensati per le vittime delle organizzazioni criminali, garantiti con forme di risarcimento statali³².

La legge 13 settembre 1982, n. 646 (Rognoni-La Torre) è stata un primo esempio di risposta alla criminalità organizzata che ha avuto il pregio di innovare l'ordinamento penale.

L'assassinio del suo proponente originario, on. Pio La Torre (avvenuto nell'aprile del 1982) e quello immediatamente successivo del Prefetto Carlo Alberto Dalla Chiesa (avvenuto il 3 settembre 1982) costituirono dei rafforzativi motivazionali del legislatore dell'epoca³³ che, comunque, aveva già avviato la sua svolta regolamentare, sebbene, ancora poco incisiva.

Nell'estate del 1992 la "necessità ed urgenza" caratterizzarono, ancora, l'adozione delle norme penali volte al contrasto della criminalità organizzata: un decreto legge venne adottato dopo appena due settimane dall'assassinio del giudice Falcone, avvenuto nel maggio 1992, e la sua conversione in legge intervenne dopo soli diciannove giorni dalla strage Borsellino del luglio successivo³⁴.

Le misure adottate in tale frangente si andarono ad aggiungere a quelle che l'ordinamento vantava già, si pensi al D.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv. con la l. 12 ottobre 1982, n.726, *Misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa*; il D.l. 14 giugno 1989, n. 230, conv. l. 4 agosto 1989, n.282, *Disposizioni urgenti per l'amministrazione e la destinazione dei beni confiscati ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575*; i vari D.l. n. 324/1990, n.5/1991 e n.76/1991 tutti non convertiti e ripresentati "a catena" fino al D.l. 13 maggio 1991 n.152 conv. nella l. 12 luglio 1991 n.203, *Provvedimenti urgenti in tema di lotta*

³² GAETA P., *Il 'processo di criminalità organizzata' tra frammenti di norme e Corte di Cassazione*, cit. p.89

³³ Il sen. Spadaccia, a proposito dei lavori preparatori dei provvedimenti parlò di "un iter lunghissimo, lento e farraginoso all'altra Camera, acceleratosi soltanto dopo il gravissimo assassinio di Pio La Torre, e che sono stati poi approvati nel corso di una giornata soltanto dopo l'assassinio del generale Dalla Chiesa, di sua moglie e dell'agente Russo" (atti Senato VIII leg. 493° sed. - Assemblea Res. Sten. 10 settembre 1982)

³⁴ D.l. 8 giugno 1992 n. 306 conv. l. 7 agosto 1992 n. 356 Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. 12 Cfr., a titolo solo esemplificativo, D.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv.

alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa; D.l. 15 gennaio 1991 n. 8, conv. nella l. 15 marzo 1991, n. 82, *Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia*; D.l. 29 ottobre 1991, n. 345, conv. nella l. 30 dicembre 1991, n. 410, *Disposizioni urgenti per il coordinamento delle attività informative e investigative nella lotta contro la criminalità organizzata*; D.l. 20 novembre 1991, n. 327, conv. nella l. 20 febbraio 1992, n. 8, *Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata*³⁵. Nel 2010, dopo quasi vent'anni dagli eccidi di Palermo, il legislatore continuò ad adottare provvedimenti in materia in base ad un "piano straordinario contro le mafie"³⁶.

Le risposte ordinamentali alla criminalità organizzata hanno continuato, in tal senso a reggersi su una genesi condizionata dalla contingenza, influenzando sulla compressione di alcune garanzie individuali e sulla torsione dei principi penalistici che ne rappresentano il presidio.

Si tratta, infatti, di un'architettura che si è retta sul forte impatto emotivo che gli eventi citati ebbero sulla collettività, che hanno esposto al rischio di conseguenze irrazionali del dibattito pubblico, su cui poi si è innestato un ulteriore fenomeno che, in anni più recenti, ha assunto tratti populistici, per denotare il connubio tra le aspettative di intervento e il ricorso al diritto penale come soluzione. L'evoluzione della disciplina penale tesa ad ostacolare le mafie si è, dunque, stratificata su una sorta di negazionismo penale della criminalità mafiosa, che ha caratterizzato a lungo il nostro sistema.

Oggi, a seguito di tali interventi, la risposta penale alla criminalità organizzata appare completamente ribaltata rispetto al passato, passando da una condizione iniziale di troppo "vuoto" ad una di troppo "pieno". Dopo le misure descritte si è diffuso il bisogno di procedere ad una maggiore razionalizzazione, volta a dirimere

³⁵ Si aveva l'idea di un procedere "a fisarmonica" della nostra legislazione, così, INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Mulino, 1996, p. 23, 30 s.

³⁶ Ci si riferisce alla L. 13 agosto 2010 n. 136, *Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*.

le incoerenze e le contraddizioni, tutt'ora esistenti, e ad assicurare la prevedibilità, da parte dei consociati, delle conseguenze dei comportamenti assunti, siano essi individuali che collettivi. Di fatti, le norme indirizzate al contrasto del fenomeno hanno aperto una faglia di rottura nell'ordinamento penale che, nel testo codicistico riguarda lo strumentario di tutele per i valori primari; ha, infatti, preso corpo un distinto sottosistema normativo, che non aderisce perfettamente al sistema di garanzie preesistente il che, anche in considerazione dei vari segmenti del sistema penale³⁷ ha messo in discussione lo stesso ruolo del codice. Quest'ultimo dovrebbe essere il "principio ordinatore" del sistema, mentre si osserva la prevalenza di forme di razionalizzazione dei vari sottosistemi normativi³⁸. A fronte della diversità delle esigenze descritte, le risposte fornite dall'ordinamento appaiono parziali e, dunque, anche difficilmente riferibili ad una logica di tipo unitario.

Il dibattito avente ad oggetto la necessità di un nuovo codice penale si incentra, soprattutto, sulla necessità di informare meglio la disciplina sulla criminalità organizzata ai principi della Costituzione.

Non può trascurarsi, peraltro, che proprio la specialità della normativa sulla criminalità organizzata, talvolta addotta come fattore ostacolante la ricomposizione del sistema penale per restituire centralità allo strumento codicistico, risentiva dell'esigenza di una sistemazione organica della materia che è, invece, pervenuta ad un codice, sia pure solo di settore³⁹.

Inoltre, rispetto all'impegnativo obiettivo posto ad apertura della legge delega⁴⁰, l'esito del lavoro non ha abbracciato i diversi filoni di cui si compone la materia, limitandosi, essenzialmente, alla tematica delle misure di prevenzione, e ad

³⁷ Ancora una volta torna il riferimento al terrorismo e alla relativa normativa di contrasto.

³⁸ PALAZZO F.C., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p.9 ss.; PALIERO C.E., *Riforma penale e dinamica delle fonti. Una paradigmatica*, in PAPA M. (a cura di), *La riforma della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2005, p.56.

³⁹ Cfr. l. 13 agosto 2010 n. 136, *Piano straordinario contro le mafie nonché Delega al Governo in materia di normativa antimafia*, e il relativo D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*

⁴⁰ Cfr. "Armonizzazione della normativa" "penale, processuale e amministrativa vigente in materia di contrasto della criminalità organizzata, ivi compresa quella già contenuta nei codici penale e di procedura penale".

intervenire in tema di documentazione antimafia e di creazione di un'Agenzia Nazionale per gestire i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Poche sono state le disposizioni finali di coordinamento.

Ad oggi, permane una sensazione di incompletezza, cosicché la formula di “codice delle leggi antimafia”, mantenuta nell'intitolazione, non sembra aderire alla realtà. Il codice penale costituisce la *sedes* per la descrizione delle condotte illecite in materia (ad es. gli artt. 416 *bis* e 416 *ter* c.p.) inoltre, il riconoscimento normativo della riserva di codice ha attribuito, a quest'ultimo, una *vis attractiva* su altre previsioni prima inserite nella legislazione speciale antimafia⁴¹: si pensi alle circostanze per reati connessi ad attività mafiose (ora art.416 *bis* 1 c.p.) e quella del reato transnazionale commesso da un gruppo criminale organizzato (attuale art. 61 *bis* c.p.), così come alla c.d. confisca allargata (art. 240 *bis* c.p.).

Nonostante i progetti aventi ad oggetto la diversificazione delle pene principali predisposti dalle Commissioni Nordio, Grosso e Pisapia in sede di riforma del codice penale, e le iniziative della “Commissione Palazzo” del 2013 per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, la struttura normativa non è molto differente rispetto all'impianto del codice Rocco.

Dalla legge delega n.67/2014 e, dall'iniziativa, del marzo 2021, avviata dal gruppo di lavoro presieduto dallo stesso professor Palazzo per delineare linee di riforma in tema di pene alternative edittali⁴² non si è, tuttora, riusciti a superare, nemmeno con la legge delega n. 134/2021 in materia di efficienza del processo penale e di giustizia riparativa, l'impianto delle pene principali così come delineato all'art.17

⁴¹ MENDITTO F., *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (cd. codice antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015. L'autore delinea le principali criticità del testo base: “mancato ‘aggiornamento’ del procedimento con eliminazione di disposizioni incompatibili con un ‘giusto’ procedimento di prevenzione, assenza di una specifica disciplina dell'incompetenza, frammentarietà della regolamentazione dell'amministrazione dei beni, eccessiva assimilazione della tutela dei terzi al procedimento fallimentare”. La riforma è stata poi approvata con l. 17 ottobre 2017, n. 161, *Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*

⁴² Nell'ambito di un progetto sulla riforma del sistema sanzionatorio dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale.

dal codice Rocco. Difatti, un passo in avanti non è stato compiuto neppure dalla Commissione Lattanzi istituita con d. m. 16 marzo 2021⁴³.

2.1 L'intervento normativo sulle disposizioni di diritto penale: l'art. 416 bis c.p.

Il perno della lotta alla criminalità mafiosa è costituito dall'art. 416-*bis* c.p., recante "Associazioni di tipo mafioso anche straniere"⁴⁴. Tale disposizione, introdotta nel nostro ordinamento giuridico penale dalla legge n. 646/1982, ricalca, connotandola di specificità, quella contenuta nell'art. 416 c.p., dalla quale si distingue per il richiamo alle organizzazioni criminali di tipo mafioso.

Come si è visto in precedenza, già prima dell'introduzione dell'art. 416-*bis* c.p. il legislatore era intervenuto per cercare di cogliere la specificità del fenomeno mafioso, consapevole delle difficoltà strutturali di riconduzione del fenomeno medesimo nell'ambito dell'art. 416 c.p. Inizialmente, si decise di puntare su

⁴³ Onde "elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435"

⁴⁴ La disposizione recita in questi termini: «Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni. L'associazione è 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, 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. Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso. Su tale disposizione si v. TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, p. 111 ss.; VERRINA G.L., *L'associazione di stampo mafiosa*, Milano, 2008, p. 44 ss.

strumenti extrapenalici, estendendo, attraverso la legge n. 575/1965, le misure di prevenzione *ante delictum* agli indiziati di appartenere alle associazioni mafiose.

Tuttavia, ben presto ci si rese conto che era necessario un intervento più mirato: del resto all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso la penetrazione della mafia nell'economia locale, soprattutto in alcune aree del Paese, divenne del tutto inaccettabile e intollerabile. La mafia aveva dato vita ad un vero e proprio processo di accumulazione di capitale illecito pronto ad essere riciclato e immesso nel circuito legale.

Ci si rese conto, pertanto, che le misure di prevenzione ante delictum erano ormai del tutto incapaci di arginare la pericolosità del fenomeno mafioso. Per tale ragione il legislatore decise di intervenire con la legge n. 646/1982, che si fonda sulla peculiarità del fenomeno mafioso che, servendosi del capitale illecitamente accumulato e reinvestito in attività lecite, aveva progressivamente acquisito una forza pari, se non superiore, in alcuni territori, a quella dello Stato, grazie soprattutto alla forza dell'intimidazione fortemente radicata nel contesto territoriale, sociale e culturale⁴⁵. Prima dell'intervento del legislatore del 1982, la lotta alle mafie

⁴⁵ In tal senso si v. ARCERI A., *Sull'art. 416 bis ed in particolare sull'uso della forza intimidatrice*, in *Giurisprudenza di merito*, 2, 1995, p. 317; ARDIZZONE S., *L'associazione per delinquere in Italia: rilevanza normativa e caratteristiche strutturali*, in MILITELLO V., PAOLI L., ARNOLD J. (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano-Friburgo, 2000, p. 181. Secondo quest'ultimo, «se si tiene conto che la norma penale, prima di imporsi come precetto, affiora come modello ermeneutico capace di delineare attraverso categorie giuridiche una fenomenologia criminale, si comprende la ragione per cui il vecchio art. 416 fosse inadeguato a imporsi come precetto efficace contro l'associazionismo mafioso. Il modello dell'art. 416 bis, invece, costruito con il materiale concreto fornito dall'esperienza giudiziale in ordine alla devianza mafiosa, ha rivelato una insospettabile vitalità operativa, focalizzando in modo più puntuale i caratteri della criminalità organizzata e consentendone un più efficace perseguimento sotto il profilo penale. Naturalmente, il nuovo modello presenta, per la sua plastica aderenza a una realtà fortemente evolutiva e per la sua connotazione marcatamente soggettiva, imperniata cioè sul metodo prevaricatorio utilizzato dagli aderenti, rischi non indifferenti di dilatazione in sede applicativa, qualora all'apprezzamento degli elementi obiettivi di contrasto della condotta con i beni giuridici il giudice sostituisca la valorizzazione in chiave sintomatica di atteggiamenti esclusivamente soggettivi, facendo assumere alla fattispecie i caratteri di una clausola generale che stigmatizza uno stile di vita. Da qui il carattere indubitabilmente emergenziale della fattispecie e la sua problematicità sotto il profilo del rispetto dei principi di tassatività dell'incriminazione (art. 25, 2° co., Cost.) e di personalità della responsabilità penale (art. 27, 1° e 3° co., Cost.) (in ordine ai rischi per la certezza del diritto, per tutti Romano, *Legislazione penale e consenso sociale*, in J, 1985, 428). Non vi sono, invece, difficoltà di sorta in relazione al diritto costituzionalmente garantito di associazione, poiché l'art. 18, 1° co., Cost. vieta espressamente l'associarsi per fini che sono vietati ai singoli dalla legge penale».

rimandava all'applicazione dell'art.416 c.p. che disciplinava il reato generico di "associazione per delinquere".

Come si è ampiamente illustrato nelle pagine precedenti, fu la recrudescenza del fenomeno mafioso e l'indiscutibile rilevanza delle condotte specifiche che convinse della necessità di disciplinarlo separatamente.

Tra i principali problemi incontrati dai legislatori dell'epoca emergeva la natura ibrida del fenomeno mafioso insita nella circostanza che vedeva, tra le finalità perseguite dai soggetti uniti dal vincolo associativo anche una loro connotazione lecita, riferita ad esempio agli incontri tra gli associati, il che costituiva un limite notevole all'applicazione della normativa dettata per l'associazione per delinquere semplice.

La corretta disciplina del delitto in oggetto richiedeva, piuttosto, l'individuazione di mezzi impiegati e di obiettivi perseguiti in presenza dei quali si dovesse ritenere di trovarsi dinanzi ad una forma di associazione di stampo mafioso. Il legislatore di quegli anni prese così atto della necessità di pervenire alla tipicità della manifestazione del fenomeno mafioso, ricercandone, per la prima volta, i tratti specifici.

L'art. 416 *bis* c.p., secondo una parte della dottrina, costituirebbe espressione di una "valenza politica di attacco frontale e concorrenziale ai poteri legali ed al sistema democratico", in quanto metterebbe "in crisi interessi fondamentali quali l'unicità dell'ordinamento statale, l'esclusività del metodo democratico come strumento di lotta politica, l'esclusività del monopolio statale della forza"⁴⁶.

La scelta del legislatore, di introdurre l'art. 416-*bis* c.p., si è resa indispensabile per ovviare alle lacune dell'art. 416 c.p.: nell'impianto originario del codice penale, infatti, esistendo unicamente il delitto di associazione a delinquere ordinario, era piuttosto discusso se la partecipazione ad un'associazione mafiosa integrasse il delitto di cui all'art. 416 c.p.

⁴⁶ NEPPI MODONA G., *L'associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Studi in memoria di G. Delitala*, II, Milano, 1984, p. 887; dello stesso v. anche, ID., *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello Stato*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, p. 365.

Secondo l'opinione prevalente, espressa tra gli altri da Antolisei⁴⁷, l'aggregazione mafiosa non avrebbe integrato il delitto di associazione a delinquere comune a causa dell'impossibilità di individuare all'interno di essa lo specifico programma di commettere una serie indeterminata di delitti.

Diversamente, invece, Manzini⁴⁸ riteneva che l'art. 416 c.p. poteva certamente ricomprendere anche il fenomeno dell'aggregazione mafiosa, a patto di accertare, caso per caso, che determinati soggetti avessero deciso effettivamente di associarsi per la commissione di determinati delitti, considerato che destinatari della legge penale sono i singoli e non i gruppi.

In tale prospettiva, al fine di condannare un determinato soggetto a titolo di associazione a delinquere, non sarebbe stato sufficiente constatare l'effettiva appartenenza all'associazione mafiosa, essendo necessario un *quid pluris*, costituito dall'adesione ad uno specifico programma criminoso.

Entrambe le posizioni avevano il merito di cogliere le difficoltà di sussunzione dell'aggregazione mafiosa nell'ambito del delitto di associazione a delinquere comune. Infatti, mentre per quanto riguarda l'associato comune il compimento dei delitti rappresenta il fine dell'associarsi, per l'associato mafioso, invece, l'appartenenza all'associazione costituisce parte di un disegno e di un obiettivo assai più ambizioso, consistente in un vero e proprio controllo stabile di un segmento della vita sociale in modo da garantirsi un arricchimento parassitario.

Ciò significa che è ben possibile che alcuni soggetti aderiscano all'associazione mafiosa non con l'obiettivo di commettere uno specifico programma delittuoso, ma esclusivamente per partecipare alla suddivisione dei profitti: si pensi, ad esempio, all'ipotesi, piuttosto frequente, dell'imprenditore colluso con l'organizzazione mafiosa. In tal caso il soggetto offre in modo stabile il proprio contributo per il mantenimento dell'associazione al fine di ottenere vantaggio di diversa natura⁴⁹.

⁴⁷ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 1966, p. 630 ss.

⁴⁸ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, ed. a cura di NUVOLONE P., PISAPIA G.D., Torino, 1985, p. 199.

⁴⁹ Cfr. RONCO M., *Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in RONCO M., ROMANO B. (diretto da), *Codice Penale Ipertestuale*, Torino, 2012, p. 1111 ss.

Pare evidente, dunque, come tale possibilità costituiva un vero e proprio *vulnus* del sistema, difficilmente risolvibile.

Ciò ha dunque indotto il legislatore ad intervenire con l'introduzione di una nuova disposizione espressamente dedicata all'associazionismo mafioso. A tal proposito, secondo un primo orientamento⁵⁰, la struttura dell'art. 416-*bis* c.p. ricalcherebbe quella dell'art. 416 c.p., come dimostrato anche dalla prassi applicativa. Secondo un diverso orientamento⁵¹, invece, l'art. 416-*bis* c.p., a dispetto della collocazione sistematica, presenterebbe innovazioni significative rispetto all'impianto strutturale dell'art. 416 c.p.

Invero, non è affatto semplice cercare di chiarire il rapporto tra le due disposizioni: quello che appare certo è che, se è vero che è arduo stabilire se tra le due norme vi è un rapporto di genere a specie, è altrettanto vero che in assenza dell'art. 416-*bis* c.p. non tutti i comportamenti da esso puniti sarebbero sussumibili nell'ambito dell'art. 416 c.p.

Inteso in questi termini, il rapporto, più che in termini di genere a specie, deve essere letto in chiave maggiormente autonomistica, nel senso di una vera e propria indipendenza tra le due fattispecie, pur non potendo negare l'affinità strutturale tra le stesse.

Alla luce di queste considerazioni, è possibile sostenere che mentre le ipotesi di aggregazione mafiosa sarebbero state in qualche modo sanzionate anche sotto la vigenza dell'art. 416 c.p., cosa che, pur tra le summenzionate critiche della dottrina, nella prassi si verificava, non vi è alcun dubbio in merito al fatto che, grazie all'introduzione del nuovo art. 416-*bis* c.p. il legislatore ha consentito la punibilità di nuove fattispecie criminose che sicuramente non potevano rientrare nell'art. 416 c.p.⁵². La giurisprudenza, nell'esaminare il rapporto tra le due fattispecie, ha chiarito che il reato di associazione mafiosa si distingue da quello di associazione per

⁵⁰ Cfr. FIANDACA G., *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Legislazione penale*, 1983, p. 266 ss.

⁵¹ Cfr. PALAZZO F.C., *La recente legislazione penale*, cit., p. 222; ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 428.

⁵² Cfr. ROMANO M., *L'associazione di tipo mafioso nel sistema di contrasto alla criminalità organizzata*, cit., p. 3 ss.

delinquere “in quanto si caratterizza, dal lato attivo, per l'utilizzazione da parte degli associati dell'intimidazione nascente dal vincolo associativo e, dal lato passivo, per la condizione di assoggettamento ed omertà, che costituiscono l'effetto e la conseguenza per il singolo sia all'esterno che all'interno dell'associazione; la tipicità del modello associativo delineato dall'art. 416-*bis* c. p. risiede nella modalità attraverso cui l'associazione si manifesta concretamente e non già negli scopi che si intendono perseguire atteso che questi, nella formulazione della norma, hanno un carattere indicativo ed abbracciano solo genericamente, comprendendo una varietà indeterminata di possibili tipologie di condotte, che possono essere costituite anche da attività lecite aventi come unico comune denominatore l'attuazione od il perseguimento del fine attraverso l'intimidazione e il conseguente insorgere nei terzi di quella situazione di soggezione, che può derivare anche soltanto dalla conoscenza della pericolosità di tale sodalizio”⁵³.

La definizione giuridica di “associazione di stampo mafioso”, di cui all'art. 416-*bis*, si palesa come di seguito: “l'associazione è 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, 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”⁵⁴.

L'elemento cui occorre riferirsi per qualificare un'associazione come mafiosa è, dunque, la forza intimidatrice insita nel vincolo associativo e la condizione di soggezione e di omertà che ne consegue.

Il compimento di delitti; l'acquisizione del controllo o la gestione di attività economiche tra cui concessioni, autorizzazioni, appalti o altri servizi pubblici; il

⁵³ Cass. pen., 10 febbraio 1992, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 1992, p. 629, con nota di PEDROTTA A.

⁵⁴ Art.416 *bis* c.p.

procurare profitto o vantaggio a sé o ad altri; la limitazione del libero esercizio del diritto di voto; il procurare a sé o ad altri voti nelle consultazioni elettorali costituiscono, invece, gli elementi da cui risalirebbe l'esistenza dell'associazione⁵⁵. Stabilita l'origine illecita dei beni di cui l'associazione mafiosa si dota, l'art.416-*bis* ne prevede la confisca.

La legge 7 marzo 1996, n.109 ha introdotto, tra l'altro, la possibilità del riutilizzo dei beni sequestrati per finalità sociali tramite la loro assegnazione ad enti locali, associazioni o cooperative. Una caratteristica tipica delle mafie è la loro trasformazione continua dovuta all'adeguamento delle attività illecite alle modifiche sociali ed economiche.

Il vigente 416-*bis* appare, dunque, superato proprio dalle continue metamorfosi delle mafie. Ciò premesso, il dispositivo attuale dell'articolo è il seguente:

“Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone⁵⁶, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni⁵⁷.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni⁵⁸.

L'associazione è 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

⁵⁵ Le ultime due ipotesi sono state inserite dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, nell'ambito delle misure adottate a seguito delle stragi di Capaci e di via D'Amelio.

⁵⁶ Poiché il fenomeno mafioso si caratterizza per l'elevato numero di partecipanti, dottrina e giurisprudenza escludono l'applicabilità al reato in esame della circostanza di cui all'art. 112 n. 1.

⁵⁷ *“La circostanza aggravante del metodo mafioso di cui all'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni nella legge 12 luglio 1991, n. 203 (ora art. 416-bis.1, comma primo, cod. pen.), in quanto riferita alle modalità di realizzazione dell'azione criminosa, ha natura oggettiva ed è valutabile a carico dei concorrenti, sempre che siano stati a conoscenza dell'impiego del metodo mafioso ovvero l'abbiano ignorato per colpa o per errore determinato da colpa.* (Annulla in parte con rinvio, CORTE APPELLO NAPOLI, 24/04/2020), Cassazione penale, Sez. IV, sentenza n. 5136 del 2 febbraio 2022.

⁵⁸ Per promotore è da intendersi colui che ha stimolato inizialmente l'associazione; per costitutore colui che, insieme al promotore, determina la nascita del sodalizio, mentre per organizzatore colui che ne regola l'attività.

o vantaggi ingiusti per sé o per altri, 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.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso". Le modifiche auspicate dovrebbero considerare che le nuove organizzazioni criminali tendono ad agire senza ricorrere all'uso della violenza, preferendo attività che espongono meno, come la corruzione o il traffico di influenze illecite⁵⁹.

Tale evoluzione della condotta impone una modifica necessaria alla norma poiché, di fatto, si osserva uno spostamento dell'operatività dei sodalizi mafiosi da un contesto la cui connotazione è intimidatoria a uno prevalentemente corruttivo. La criminalità organizzata, oggi, si presenta come un fenomeno "complesso", un misto

⁵⁹ Il traffico di influenze illecite, nell'ordinamento giuridico italiano, è un reato previsto e punito dall'art. 346-bis del codice penale.

di potere di cui fanno parte esponenti della società civile infiltrati nella politica⁶⁰, nell'economia, nella finanza, nella pubblica amministrazione.

In altri termini, l'attuale tenore dell'articolo 416-*bis* c.p. rende le azioni di polizia e magistratura sempre più inadeguate a combattere i sistemi criminali che si avvalgono di nuovi metodo mafiosi. Le trasformazioni delle mafie richiedono, dunque, una nuova fattispecie incriminatrice che sia in grado di punire la rete di relazioni illecite che avvolge apparati pubblici e crimine organizzato. Ciò che oggi appare agli occhi degli osservatori è che un mafioso può ottenere ciò che desidera semplicemente chiedendolo il che postula la necessità di ricercare le dinamiche non esteriori della sua manifestazione.

I fenomeni d'infiltrazione delle mafie in vasti settori economici, finanziari e delle pubbliche amministrazioni richiederebbe, al nuovo 416-*bis*, di collocare in seno al "metodo mafioso" anche la corruzione in tutte le sue forme, visto che le nuove mafie inducono all'assoggettamento anche ricorrendo all'uso stabile e continuo del metodo corruttivo.

Le forme di corruzione, il traffico di influenze illecite, le nuove attività di riciclaggio, nonché la dimensione globale del fenomeno, andrebbero, dunque, introdotte nel concetto di metodo mafioso di un rinnovato art.416-*bis* c.p.

Non è più pensabile la delimitazione della criminalità organizzata senza abbinarla all'agire di sistemi criminali complessi in cui gli obiettivi prevalenti sono di condizionamento di circuiti istituzionali e amministrativi nonché economici e finanziari, non solo nazionali ma anche internazionali.

La forza dell'intimidazione, individuata nel 1982 come caratterizzante del fenomeno mafioso ad opera della Legge Rognoni - La Torre, oggi è anche di tipo

⁶⁰ In merito alle dinamiche di rilievo politico, la Cassazione penale ha stabilito che *“Ai fini della configurabilità del reato di scambio elettorale politico-mafioso è sufficiente un accordo elettorale tra l'uomo politico e l'associazione mafiosa, avente per oggetto la promessa di voti in cambio del versamento di denaro, mentre non è richiesta la conclusione di ulteriori patti che impegnino l'uomo politico ad operare in favore dell'associazione in caso di vittoria elettorale, sicché, nell'ipotesi in cui tali ulteriori patti vengano conclusi, occorre accertare se la condotta successivamente posta in essere a sostegno degli interessi dell'associazione assuma i caratteri della partecipazione ovvero del concorso esterno all'associazione medesima, configurandosi, oltre il reato sopra indicato, anche quello di cui all' art. 416-bis c.p.”* Cassazione penale , sez. I , 09/03/2021 , n. 19092.

induttivo, mirata, cioè, ad ottenere la cooperazione della vittima. Si tratta, comunque, di modifiche che, per essere pienamente efficaci, dovrebbero avere anche una valenza in ambito europeo il che richiede una unicità di vedute del fenomeno⁶¹.

L'ambiguità del tenore attuale dell'art. 416 *bis* c.p. si rileva, dunque, nella particolare rilevanza che viene data al *modus* impiegato giungendo a ritenere che non sussista l'aggravante mafiosa nel reato di estorsione quando la condotta minacciosa sia alternata da suppliche misericordiose rivolte alla vittima (*Nel reato di estorsione deve essere esclusa l'aggravante di cui all'art. 416 bis c.p. per aver commesso i fatti on condotte mafiose, quando le pretese economiche poste in essere dal soggetto attivo, a seguito delle repliche della persona offesa, siano alternate da suppliche misericordiose, incompatibili con la mafiosità della condotta*)⁶².

Nello stesso tempo, però, si assiste al crescente rilievo riconosciuto allo scopo perseguito dagli associati sulla forma esteriore, arrivando a stabilire che *“L'aggravante dell'agevolazione mafiosa non richiede la sussistenza di una compagine mafiosa o camorristica di riferimento ma occorre che lo scopo sia quello di contribuire all'attività di un'associazione operante in un contesto di matrice mafiosa, in una logica di contrapposizione tra gruppi ispirati da finalità di controllo del territorio con le modalità tipiche previste dall'art. 416 bis c.p.”*⁶³.

Alla luce di tali osservazioni, nel progetto di modifica della disciplina dell'associazione per delinquere di stampo mafioso, in ambito nazionale ed europeo, occorrerebbe creare una fattispecie incriminatrice in cui sia prevista⁶⁴:

a) la consistenza minima dell'associazione e l'organizzazione minima di uomini e di mezzi idonei rispetto allo scopo;

⁶¹ MENDITTO F., *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011*, cit., p.77.

⁶² Tribunale Potenza, 02/03/2022, n.1537

⁶³ Cassazione penale, sez. I , 15/09/2021 , n. 173

⁶⁴ SAVASTANO L., *Nuovi metodi di contrasto alla criminalità transnazionale: l'asset freezing europeo*, in www.asaps.it, 2020.

- b) la finalità di guadagno-vantaggio economico finanziario anche in relazione alle tipologie d'infiltrazione nell'economia (es. appalti e sovvenzioni pubbliche)⁶⁵;
- c) il metodo mafioso che contenga l'agire sistematicamente illecito, combinato con l'ordinaria ricorrenza di modalità corruttive quale collante dell'intimidazione induttiva;
- d) l'armonizzazione delle legislazioni attorno all'incriminazione di un modello di comportamento il cui disvalore è largamente percepito nei diversi contesti nazionali ed europei, come l'alterazione delle "regole del gioco" dell'economia di mercato mediante dinamiche sia violente o intimidatorie, sia corruttive, valorizzando il carattere transnazionale dell'organizzazione;
- e) l'elaborazione di una fattispecie incriminatrice in cui le manifestazioni dell'attività mafiosa pur potendo consumarsi in un territorio di uno Stato membro possano essere perseguibili e punibili in qualsiasi altro contesto territoriale europeo;
- f) la predisposizione di un'autonoma fattispecie incriminatrice che punisca il c.d. concorso esterno anche a livello europeo.

La nuova norma dovrebbe, inoltre, punire le condotte di sostegno o contiguità rispetto ad organizzazioni criminali, non solo di chi ne fa attivamente parte, ma, anche, di chi partecipa alla preparazione o alla realizzazione di qualsiasi attività lecita svolta dall'organizzazione criminale, e di chi partecipa a qualsiasi decisione nel quadro delle attività dell'organizzazione criminale con la consapevolezza di contribuire agli obiettivi della stessa.

Ciò premesso, la lotta al fenomeno mafioso si avvale, anche, di misure preventive, in funzione deterrente al suo sviluppo. Di seguito, una loro disanima.

⁶⁵ *"Integra il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso la condotta dell'imprenditore che, senza essere inserito nella struttura organizzativa del sodalizio criminale e pur privo della "affectio societatis", instauri con la cosca un rapporto di reciproci vantaggi, consistenti, per l'imprenditore, nell'imporsi sul territorio in posizione dominante e, per l'organizzazione mafiosa, nell'ottenere risorse, servizi o utilità, anche in forma di corresponsione di una percentuale sui profitti percepiti dal concorrente esterno. (Fattispecie relativa ad un imprenditore del settore delle onoranze funebri che, in cambio della garanzia di operare in regime di sostanziale monopolio, metteva a disposizione dell'associazione mafiosa la propria attività commerciale, corrispondendo periodicamente alla stessa somme di denaro, così da consentire la pianificazione delle attività di controllo illecito dello specifico segmento imprenditoriale)". (Rigetta, TRIB. LIBERTA' NAPOLI, 30/06/2021). Cassazione penale, Sez. I, sentenza n. 47054 del 16 novembre 2021.*

2.2 Le misure preventive

Da un punto di vista politico, l'attenzione alla criminalità organizzata, in Italia, si è diffusa a partire dalla prima metà degli anni '60, quando si iniziarono ad osservare molte tracce dell'espansione del fenomeno. La sua gravità fece avvertire, sempre più chiaramente, la necessità di sviluppare e dare attuazione a misure che potessero essere applicate a prescindere dalla commissione di un reato, in quanto mirate a prevenire la messa in opera di azioni che, di per sé, si ritenevano “socialmente pericolose”⁶⁶.

Le “misure preventive” permettono all'autorità giudiziaria di impedire a determinati soggetti la commissione di reati, prescindendo dall'accertamento delle loro responsabilità penali. Si tratta di agire su elementi che possano portare alla deterrenza delle azioni criminali. Nel decennio 1960-1970 si diffuse la convinzione che, per contrastare il fenomeno mafioso, fosse necessario agire non solo colpendo i membri delle organizzazioni, quanto, piuttosto, attaccando lo “strumento di potere” di cui disponevano: il denaro e il patrimonio, che non costituiscono solo fine ultimo dell'attività criminale di stampo mafioso, quanto, anche, lo strumento per raggiungerlo. Le discussioni che approdarono in ambito politico sollecitavano l'adozione di una tale scelta, nella consapevolezza che il potere dissuasivo delle misure di carattere patrimoniale sembrava maggiore di ogni altro.

Il sequestro e/o la confisca incidono sugli elementi che, per le organizzazioni mafiose, costituiscono viatico per la loro crescita e capacità di sottomissione, nonché per produrre intimidazione e controllo sociale del territorio.

Una delle misure più importanti in tal senso venne assunta con la citata legge n. 646/1982 (*Disposizioni in materia di prevenzione di carattere patrimoniale*), la citata Legge Rognoni-La Torre.

La legge in oggetto introdusse, infatti, le misure di prevenzione patrimoniali del “sequestro” e della “confisca”, finalizzate a sottrarre i beni dal circuito economico

⁶⁶ SAVASTANO L., *Nuovi metodi di contrasto alla criminalità transnazionale: l'asset freezing europeo*, in www.asaps.it.

criminale di origine per destinarli ad altri impieghi leciti e legali. In seguito all'introduzione della legge, le procure siciliane, campane, calabresi e pugliesi avviarono numerosi interventi aventi ad oggetto indagini patrimoniali e bancarie che portano al sequestro e alla confisca di un numero sempre maggiore di beni fino ad allora detenuti dalla criminalità organizzata. Successivamente, si provvede a fornire di una destinazione i beni sequestrati⁶⁷.

Tuttavia, nonostante l'impegno, il decreto-legge citato non ha previsto alcuna distinzione di destinazione basata sulla tipologia dei beni sequestrati, stabilendone la possibilità di vendita, con il rischio che l'acquirente potesse essere un prestanome.

Tale misura ha, di fatto, vanificato l'intento del decreto.

Per una svolta si dovette attendere il 23 maggio 1992 quando venne assassinato il giudice Giovanni Falcone, insieme alla moglie e a tre agenti della sua scorta e, il 19 luglio successivo Paolo Borsellino e gli uomini della sua scorta.

Questi accadimenti acuirono la tensione tra società civile e criminalità organizzata tanto che, nel 1995, giunse la risposta piena alle azioni precedenti.

In quell'anno l'associazione antimafia "Libera" presentò una petizione di legge popolare sottoscritta da un milione di persone, avente ad oggetto la riforma della normativa sulla destinazione dei beni confiscati.

L'obiettivo della petizione era la restituzione alla comunità dei beni che le organizzazioni criminali avevano ottenuto e detenuto con la forza e l'intimidazione e che erano stati loro sottratti dalle autorità.

Fu in tale clima che la Commissione Giustizia in sede deliberante⁶⁸, presentò la legge n. 109/1996 (*Disposizioni in materia di gestione e destinazione dei beni sequestrati o confiscati*). La norma ha istituito lo strumento del riutilizzo, ai fini sociali, dei beni confiscati alle mafie. La legge, unica nel suo genere, ha costituito un modello di riferimento per i Paesi europei impegnati nella lotta alle mafie.

⁶⁷ Il decreto-legge n.230/1989 (*Disposizioni urgenti per l'amministrazione e la destinazione dei beni confiscati, ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575*).

⁶⁸ Si tratta di un'eventualità consentita solo in caso di provvedimenti considerati non solo particolarmente importanti, ma anche suscettibili di raccogliere un unanime consenso.

La legge n.50 del 2010 (*Istituzione dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*) ha, poi, istituito l’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (Anbsc).

Successivamente, il Governo venne delegato ad emanare un decreto legislativo avente ad oggetto la sistematizzazione delle leggi antimafia che non presentavano un corpo unico

In tale clima venne alla luce, (proprio con l’intento di formulare una razionalizzazione, integrazione e riordinazione della legislazione vigente in tema di normativa antimafia, misure di prevenzione e certificazioni antimafia), il decreto legislativo n.159/2011, noto come Codice Antimafia (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*). Il Codice Antimafia dispone di 132 articoli, raccolti in quattro libri e lo strumento delle misure patrimoniali (previste dagli artt. 1-81) costituisce un elemento centrale del Codice.

La riforma del codice antimafia è intervenuta in una materia piuttosto delicata nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata, inoltrandosi in un terreno tradizionalmente oggetto di dibattiti politici e giuridici: ci si riferisce, naturalmente, alle misure di prevenzione.

L'applicazione delle misure di prevenzione, infatti, ricalca un modello processuale assai diverso da quello ordinario, sebbene si tratti di misure ablativo ed in grado di limitare la libertà personale. La caratteristica fondamentale delle misure di prevenzione risiede nella speditezza del procedimento, che si discosta dagli ordinari strumenti della repressione penale che, invero, specialmente negli ultimi tempi, non si sono rivelati assai incisivi ed efficaci⁶⁹.

⁶⁹ Cfr., in tal senso, PETRINI M., *Profili processuali delle misure ablativo fra codice antimafia e giusto processo*, in *Archivio penale*, 2, 2016, p. 1, secondo cui «l’applicazione delle misure di prevenzione, comprese quelle ablativo, segue uno schema processuale profondamente divergente dal modello codicistico ordinario, in quanto caratterizzato dal particolare oggetto dell’accertamento giudiziario. Come è noto, esse sono misure special-preventive *ante delictum*, cui sono sottoposti taluni soggetti prima e a prescindere dalla commissione di reati, fondate sul presupposto della loro pericolosità, ossia su un giudizio prognostico negativo in ordine al compimento di future attività delinquenziali. La giurisprudenza della Corte costituzionale nel corso degli anni ha stabilito che la

Un procedimento siffatto, tuttavia, rischia di collidere con i principi fondamentali del giusto processo: come è stato osservato, in proposito, “i detrattori della prevenzione, allora, sono soliti porre in luce le seguenti criticità: giudizio non di responsabilità, ma di pura probabilità; con esso non si accerta un fatto, ma un indizio (talvolta solo presunto), di pericolosità sociale di un soggetto o di provenienza illecita di un bene; dunque, misure di prevenzione come "pene del sospetto" che sanzionano "fattispecie di sospetto", impiegate come surrogato, peraltro particolarmente afflittivo, della repressione penale; infine, funzione del giudice non cognitiva ma meramente potestativa. Ne deriva un complessivo, grave deficit di legalità, irrimediabilmente connesso a una giurisdizione senza fatto, ciò che induce a dubitare della stessa concepibilità di un "giusto processo di prevenzione”⁷⁰.

Un punto di equilibrio tra le opposte esigenze in conflitto può essere rinvenuto solo mediante il recupero di un rapporto di compatibilità con i principi del giusto di cui all’art. 111 Cost., cosa che, secondo buona parte della dottrina, non si è affatto verificata a seguito dell’introduzione del nuovo Codice Antimafia.

In primo luogo, non pare si avvertissero la necessità e l’impellenza di tale riforma. Si è osservato, infatti, che “il nostro codice penale mette già in campo una rete

conformità alla Carta fondamentale delle misure di prevenzione è necessariamente subordinata all’osservanza del principio di legalità e all’esistenza delle garanzie giurisdizionali. Dunque, se è vero che la materia della prevenzione si connota per una peculiare e rilevante finalità di difesa sociale, il metodo dell’accertamento non può oltremodo differenziarsi da quello prefigurato dal giusto processo costituzionale: infatti, la posta in gioco, per usare una espressione cara, stavolta, alla Cedu, è la medesima, ossia la libertà personale, il diritto di proprietà del proposto, e non di rado di familiari e di soggetti terzi, l’iniziativa economica privata. Preso atto della progressiva adozione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali come strumenti di controllo della criminalità organizzata, e della loro crescente connotazione in funzione punitiva, con conseguente limitazione di diritti e libertà costituzionali, si deve osservare che la differenza della natura e dell’oggetto dell’accertamento, se può giustificare la ritenuta autonomia del procedimento di prevenzione rispetto al processo penale sul piano della attività di indagine e di raccolta del materiale investigativo, deve invece perdere consistenza sul versante delle regole del procedimento probatorio e del giudizio, in quanto poste a presidio di una decisione giusta».

⁷⁰ PETRINI M., *Profili processuali delle misure ablative fra codice antimafia e giusto processo*, cit., p. 2. L’A. continua osservando che «nella stessa prospettiva si è parlato della avvenuta formazione di un sottosistema della pericolosità, giustificato da un diffuso bisogno di sicurezza e da esigenze di difesa sociale, che di fatto risultano sovraordinate, in una peraltro inammissibile scala gerarchica, ad altri diritti fondamentali della persona. La ricerca di efficienza e celerità della risposta penale – come portata alla luce dalla legislazione dell’emergenza del 2008 e 2009 – avrebbe dunque determinato una riallocazione della oggettività giuridica dal disvalore della condotta e dal fatto offensivo alla pericolosità dei soggetti e dei beni».

capillare di misure, in particolar modo patrimoniali, idonee a “bloccare”, anche prima di una condanna definitiva (ma pur sempre all’interno delle garanzie del processo penale) i beni che si ritengono di provenienza illecita. In relazione ai reati contro la pubblica amministrazione, ad esempio, è addirittura consentito confiscare le utilità patrimoniali di valore equivalente, quando risulti impossibile agire direttamente sui beni costituenti il profitto o il prodotto dell’illecito⁷¹.

Le note dolenti, tuttavia, non finiscono qui. Il problema principale, infatti, risiede nel fatto che le misure di prevenzione si sono affermate storicamente poggiando su basi giuridiche già di per sé affatto rassicuranti, come si è ben evidenziato nella prima parte dell’indagine.

Orbene, la riforma del legislatore pare accentuare il percorso che, a partire dal testo unico della pubblica sicurezza del 1926, ha condotto ad una progressiva fuga dal processo, sede privilegiata in cui dovrebbe essere decisa qualunque limitazione della libertà personale⁷².

La giustizia penale ordinaria sta progressivamente cedendo il passo a quella preventiva, considerata più “comoda” per la repressione dei reati, non più solo di quelli più pericolosi, ma anche per i reati ordinari. Se, infatti, in passato la giustizia penale preventiva era relegata esclusivamente al fenomeno mafioso, ed in tale particolare fenomeno cruento e di grande allarme sociale rinveniva la sua ragion d’essere, oggi la giustizia penale preventiva sta assumendo i contorni della regola, non più dell’eccezione. Si tratta di un fenomeno pericoloso, perché collide con i

⁷¹ CRIVELLINI G., *Il nuovo codice antimafia: una fuga dal processo e dallo Stato di diritto*, in www.stradeonline.it, 4 ottobre 2017.

⁷² Molto critica, sul punto, la dottrina: cfr., in particolare, CRIVELLINI G., *Il nuovo codice antimafia: una fuga dal processo e dallo Stato di diritto*, cit., secondo cui «si dirà che in fondo, al fine di prevenire i reati - anziché attendere di punirli, una volta definitivamente accertati -, occorre anticipare l’intervento dello Stato ad una fase precedente al processo. Benché a fatica, potremmo sforzarci di essere d’accordo, ma a una sola condizione: che tali misure, in quanto fortemente incidenti su beni primari dell’individuo, si pongano come eccezionali e che vengano applicate solo in quegli ambiti di criminalità dove vi sia l’empirica, tangibile prova di una causale efficacia rispetto agli obiettivi che si intendono raggiungere. È solo in questa prospettiva che può avere un qualche senso confiscare i beni di un soggetto che, sulla base di precisi indizi, si sia arricchito mediante attività illecite. Non si rinviene, invece, nel privare della propria azienda o della propria casa uno stalker, né equiparare tout court la criminalità mafiosa a quella dei colletti bianchi».

principi del giusto processo, ponendosi al di fuori dello Stato liberale di diritto e dei principi fondamentali espressamente previsti dalla Costituzione.

D'altronde, "l'allontanamento dalle garanzie proprie del processo penale e la punizione in assenza di un accertamento del fatto e della responsabilità, non solo si ripercuotono sulla vita dei singoli, costretti a prove liberatorie spesso diaboliche, ma diviene il terreno fertile per la creazione sempre più florida di fattispecie indiziarie di mero sospetto, aventi la funzione di "surrogato" rispetto ad una repressione penale inattivabile, o troppo difficile, per mancanza dei normali riscontri probatori"⁷³.

Le misure di prevenzione, nell'impostazione del nuovo codice antimafia, rappresentano ancora oggi lo strumento ordinario per la repressione di molti reati, alimentando l'idea che lo Stato abbia implicitamente disvelato l'incapacità di aggredirli attraverso il processo penale ordinario.

L'accertamento del reato, nella sua forma ordinaria, ha rivelato tutte le sue difficoltà, ragion per cui il legislatore ha deciso di ricorrere in misura sempre maggiore alle "stampelle" delle misure di prevenzione. Sotto questo punto di vista, la riforma si presenta essere assai pericolosa, considerato anche che l'estensione indiscriminata delle misure prevenzionali patrimoniali rappresenta il precipitato del modo di intendere il diritto di proprietà da parte dello Stato⁷⁴.

Eppure il diritto di proprietà è strettamente ed inscindibilmente connesso alla libertà personale, di cui costituisce una delle massime manifestazioni e un vero e proprio

⁷³ CRIVELLINI G., *Il nuovo codice antimafia: una fuga dal processo e dallo Stato di diritto*, cit.

⁷⁴ Cfr., sul punto, CRIVELLINI G., *Il nuovo codice antimafia: una fuga dal processo e dallo Stato di diritto*, cit., secondo cui Sono emblematiche le parole del Guardasigilli Orlando, quando pochi giorni fa ha affermato dal palco della convention della sua corrente a Rimini che «il vero punto che ha fatto saltare sulla sedia tanti critici non riguarda il garantismo, ma la proprietà privata» e che, a suo avviso, "la certezza della proprietà possa essere messa in discussione, quando la proprietà è di dubbia provenienza". Eccoci di nuovo alla cultura del sospetto. Ma eccoci, altresì, ai nemici ideologici della proprietà privata. Il Ministro - e temiamo purtroppo che non sia il solo - dimentica che, al di là di quelle che possono essere le personali convinzioni, in base alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni" e che "il diritto di proprietà costituisce una condizione per l'indipendenza personale e familiare" (Protocollo 1 Cedu)».

completamento. Pare dunque indispensabile che lo Stato limiti il proprio potere sulla proprietà privata dei cittadini, definendone, con chiarezza e precisione, i limiti. Negli anni seguenti all'emanazione del Codice, le norme antimafia sono andate via via scemando, anche se merita un richiamo la legge n.132/2018⁷⁵ che è stata emanata con l'intento di modificare la disciplina del Codice Antimafia, (in particolare, tra tutti, emerge l'art.36 della legge che ha modificato gli artt. 35, 38 e 48 del Codice Antimafia).

Tra le modifiche più importanti emergono quelle aventi ad oggetto il tema della destinazione dei beni e delle somme sequestrate, avendo inserito la misura della vendita, anche ad attori privati, dei beni immobili di cui non è possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per finalità di pubblico interesse.

Le misure di prevenzione patrimoniale adottate dal legislatore italiano tramite gli interventi descritti rientrano nella categoria delle cosiddette *non-conviction based confiscation*, ovvero le confische realizzate in assenza di condanna penale.

Tale normativa ha costituito un modello di riferimento, sollecitando l'azione di altri Paesi, come la Slovenia e la Bulgaria, che, al pari di quanto fatto dall'Italia, hanno adottato misure di ablazione patrimoniale indipendenti dalla condanna penale. Strumenti simili, in termini di finalità e presupposti, si osservano oggi nella tradizione giuridica di Paesi di *common law* come l'Australia, l'Irlanda, il Regno Unito e gli Stati Uniti. Come accade spesso, le mafie hanno risposto alle misure adottate percorrendo nuove traiettorie, così, negli ultimi anni, si è assistito all'aumento di casi di delocalizzazione dei patrimoni di origine illecita siti all'estero, per sottrarli proprio all'azione di prevenzione ablatoria. Il Parlamento europeo, nella ricerca di soluzioni avverso tali prassi aveva deciso, nel 2011, di assumere come modello di riferimento proprio il sistema italiano, prevedendo la confisca allargata anche sui patrimoni intestati ai prestanome, nonché la confisca in

⁷⁵Convertita con modificazioni dal decreto-legge n.113/2018, ovvero il cosiddetto Decreto Sicurezza, ad opera dell'attuale Ministro degli interni Matteo Salvini.

assenza di condanna penale e, soprattutto, il riutilizzo a fini sociali dei beni confiscati⁷⁶.

Sulla stessa scia si colloca anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 avente ad oggetto la lotta alla criminalità organizzata, alla corruzione e al riciclaggio di denaro. Anche in questo caso, nel tentativo di elaborare un piano europeo antimafia, il Parlamento europeo ha, nuovamente, ripreso l'Italia come modello di riferimento, proponendo strumenti e misure presenti nel Codice Antimafia⁷⁷.

Oltre al Parlamento, anche la Commissione europea, nel marzo 2012, ha avviato un iter finalizzato all'emanazione di una direttiva su “*norme minime relative al congelamento di beni, in vista di un'eventuale successiva confisca e alla confisca di beni in materia penale*”⁷⁸.

L'intento della Commissione è stato di “*facilitare il riconoscimento reciproco tra Stati membri dei provvedimenti di confisca non basati sulla condanna*”⁷⁹. Tuttavia, il Parlamento europeo, in sede di approvazione della proposta della Commissione europea, ha votato una direttiva nella quale la confisca è stata ammessa solo se connessa alla condanna penale⁸⁰.

La successiva Relazione dell'anno 2014 ad opera della “Commissione Parlamentare di Inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere” ha riportato quanto segue: *La recente direttiva sul congelamento e confisca, pur rappresentando un apprezzabile – ma timido – passo in avanti, è ancora lungi dall'essere la sponda ideale per un'aggressione forte a livello europeo al potenziale economico finanziario delle mafie. I magistrati italiani saranno costretti a continuare a seguire tortuose e incerte vie di cooperazione con*

⁷⁶ “Consente un approccio positivo alle strategie di contrasto, poiché il bene confiscato non viene più inteso solamente come una risorsa sottratta ad un'organizzazione criminale ma rappresenta un fattore doppiamente costruttivo, sia per ciò che attiene alla prevenzione del crimine organizzato, sia per il suo effetto promotore di sviluppo economico e sociale”. Risoluzione del Parlamento europeo, 2011.

⁷⁷ Risoluzione del Parlamento europeo, 2013.

⁷⁸ Com (2010) 673 definitivo del 22 novembre 2010

⁷⁹ Ivi

⁸⁰ Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014

*gli omologhi degli Stati membri, confidando, volta per volta, sulla sensibilità di una corte straniera che appare non poco variabile da Paese a Paese*⁸¹. Nell'ambito delle fonti comunitarie vanno, altresì, ricordate, la decisione quadro n.2005/212 del Consiglio, l'art.1 CEDU e la direttiva 2014/42/Ue.

La decisione quadro n. 2005/212 citata stabilisce che ciascuno Stato membro sia tenuto ad adottare le misure necessarie a consentire la confisca quando il giudice nazionale accerta che i beni sono il provento di attività criminose, oppure, quando il loro valore si configura sproporzionato al reddito ufficiale dichiarato.

In base all'art.1 CEDU, *“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà, se non per causa d'utilità pubblica e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*, per cui si impone che la confisca debba rispettare due limiti: essere irrogata sulla base di una previsione espressa e realizzare il giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti dell'individuo.

La Direttiva 2014/42/Ue, avente ad oggetto il congelamento e la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'UE, prevede norme minime sul loro congelamento, e ne considera un'eventuale confisca in sede penale.

Per quanto riguarda le fonti internazionali, il riferimento principale è la Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale⁸².

La Convenzione di Strasburgo impone agli Stati aderenti l'adozione delle misure (legislative o di altra natura) mirate ad assicurare che i soggetti coinvolti dalla confisca dispongano di mezzi giuridici a tutela dei propri diritti. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale impone agli Stati parte, di adottare, nell'ambito dei loro ordinamenti giuridici interni, le misure necessarie a consentire la confisca (artt. 12 ss.)⁸³.

⁸¹ Relazione comunicata alle Presidenze il 10 aprile 2014, p. 12, Commissione di Inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, Relazione sulle prospettive di riforma del sistema di gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

⁸² Siglata a Palermo 12-15 dicembre 2000

⁸³ *“Il reato di associazione di tipo mafioso è configurabile con riferimento a sodalizi criminali a matrice straniera che, pur non avendo l'indiscriminato controllo del territorio sul quale operano,*

A partire dal 19 dicembre 2020 hanno trovato attuazione anche le disposizioni del Regolamento 2018/1805, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e confisca, approvato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 14 novembre 2018, con l'obiettivo di *“riordinare l'intera materia frastagliata ratione temporis in più decisioni quadro, in un solo strumento normativo, immediatamente efficace e cogente in tutti gli Stati dell'Unione”*⁸⁴.

La lotta alla criminalità organizzata passa anche attraverso la prevenzione del riciclaggio, attività che consente, alla criminalità organizzata, di immettere il denaro frutto di condotte illecite, nei circuiti ufficiali.

Anche in questo caso, l'Italia è stata tra le prime in Europa a dotarsi di una normativa specifica. Il d.l. 143 del 3 maggio 1991, poi convertito nella legge 197/1991, giunse in anticipo sulla prima direttiva europea sul riciclaggio⁸⁵, anticipandone, di fatto, i contenuti. Nonostante gli interventi descritti, lo sforzo dei singoli paesi non sembra ancora sufficiente a contrastare il fenomeno che ha una connotazione fortemente transnazionale. Il GAFI⁸⁶, organismo intergovernativo di riferimento in materia, provvede ad adeguare, costantemente, le misure introdotte,

siano in grado di esercitare la forza di intimidazione nei confronti degli appartenenti ad una comunità etnica ivi insediata, avvalendosi di metodi tipicamente mafiosi e della forza di intimidazione che promana dal vincolo associativo, a nulla rilevando che la percezione di tale potere criminale non sia generalizzata nel territorio di riferimento. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che la mancanza di attitudine del sodalizio ad estendere la sua capacità di intimidazione nella comunità nazionale e l'acquisizione di un potere impositivo sulla sola comunità nigeriana non escludessero il connotato della "mafiosità"). (Rigetta in parte, CORTE APPELLO TORINO, 30/04/2019)

L'aggravante della transnazionalità può trovare applicazione anche quando il gruppo criminale organizzato, operante in più di uno Stato, presti il suo contributo alla commissione di un reato associativo, ma solo a condizione che non ricorrano elementi di "immedesimazione" fra le due strutture criminose. (Fattispecie relativa a gruppi di origine nigeriana denominati "Maphite" ed "Eiye" operanti in Italia che, pur mantenendo un collegamento con la corrispondente associazione operante in Nigeria nota come "Secret cults", sono state ritenute autonome, essendo sorte spontaneamente nel corso di ordinari fenomeni migratori e dotate di un coordinamento nazionale senza ingerenze nigeriane, nonché di una propria forza intimidatrice). (Rigetta in parte, CORTE APPELLO TORINO, 30/04/2019)". Cassazione penale, Sez. VI, sentenza n. 37081 del 19 novembre 2020.

⁸⁴ SAVASTANO L., *Nuovi metodi di contrasto alla criminalità transnazionale: l'asset freezing europeo*, in www.asaps.it.

⁸⁵ Emessa nel giugno 1991

⁸⁶ La Financial Action Task Force, nota anche con il nome francese Groupe d'action financière, è un'organizzazione intergovernativa fondata nel 1989 su iniziativa del G7 per sviluppare politiche di contrasto al riciclaggio di denaro.

attraverso Raccomandazioni e procedure di valutazione reciproca, stimolando e controllando la qualità dell'azione antiriciclaggio dei vari Paesi.

D'altro canto, anche l'UE, attraverso le diverse direttive antiriciclaggio che si sono succedute nel tempo, ha richiesto un impegno sempre più incisivo agli Stati membri e ai vari soggetti individuati, finalizzati a limitare i rischi di essere coinvolti in schemi di riciclaggio. Un aspetto che pure ha rafforzato la lotta alla criminalità organizzata e rinvenibile nell'ambito processuale.

2.3 Gli interventi in ambito processuale penale

In materia di reati di associazione mafiosa è stata introdotta, in Italia, una disciplina processuale derogatoria, che ha previsto, tra le altre misure, la riduzione degli indizi necessari per procedere ad intercettazioni a carico dei sospettati. Le misure processuali sono state introdotte con l'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, secondo il quale un delitto di criminalità organizzata, può prevedere l'intercettazione ambientale domiciliare (che si esegue in luoghi di privata dimora) anche in mancanza di indizi che provino che sia in atto un'attività criminale.

Si tratta di una previsione che è in deroga al regime ordinario delle intercettazioni *ex art. 266 comm. 2 c.p.p.* Il d.l. 306 del 1992 ha, successivamente, introdotto l'art.147-*bis* disp. att. c.p.p., in cui è previsto che i collaboratori di giustizia ammessi al programma di protezione possano essere esaminati in dibattimento a distanza⁸⁷. La *ratio* di tale misura risiede nella volontà di preservare la sicurezza dei collaboratori, ed è estesa agli ufficiali e agenti di p. g. che abbiano operato sotto copertura⁸⁸.

Una simile possibilità è altresì prevista dall'art.146-*bis* disp att. c.p.p.⁸⁹ relativamente a chi è imputato di uno dei delitti indicati dall'art.51 comma 3-*bis* c.p.p. Ai sensi dell'art.21-*bis* della legge 7 agosto 1992, n.356, che ha convertito il

⁸⁷ Mediante collegamento audiovisivo alla presenza di un ausiliario del giudice che attesti l'identità del collaboratore

⁸⁸ Comma 1-*bis* dell'art. 147-*bis*, introdotta dall'art. 8 legge 136 del 2010.

⁸⁹ Introdotta dalla legge 7 gennaio 1998, n. 11

d.l. 306 del 1992, un'altra deroga alla regola riguarda la non operabilità della sospensione feriale dei termini processuali nella fase delle indagini preliminari in tutti i procedimenti per i reati di criminalità organizzata.

Con riferimento ai delitti *ex art. 407 comma 2 c.p.p.*, anche con riferimento a quello di associazione mafiosa, il termine di durata massima delle indagini preliminari è stato fissato in due anni (mentre il termine di base è di un anno)⁹⁰.

L'art.406 c.p.p., al comma 5-*bis*, stabilisce che, per i delitti previsti dall'art.51 comma 3 *bis* c.p.p., le proroghe del termine di durata delle indagini preliminari siano disposte sottraendole all'obbligo di avvisarne le parti.

A ciò si aggiunga che il PM può perseguire le indagini patrimoniali relative ai profitti mafiosi confiscabili anche al di là dei termini (nello specifico fino alla conclusione del dibattimento di primo grado)⁹¹. L'articolo 190-*bis* c.p.p., introdotto dal decreto legge n.306 del 1992 e novellato dalla legge 1 marzo 2001 n.63, aggiunge ulteriori misure per il delitto associativo di tipo mafioso⁹².

Si tratta, nello specifico, della misura di tutela che riguarda i testimoni e gli imputati di reato connesso o collegato, per i quali è previsto che, qualora abbiano già reso dichiarazioni in fase dibattimentale o in sede di incidente probatorio nel contraddittorio con la persona, nei cui confronti le dichiarazioni devono essere utilizzate⁹³, vengano esaminati, in sede dibattimentale, solo se l'esame riguarda fatti che risultano differenti da quelli oggetto delle dichiarazioni già rese, ovvero laddove il giudice, o una delle parti, lo valutino necessario. Il decreto legge n.306 del 1992 ha provveduto, anche, a ridisciplinare il regime delle intercettazioni ambientali prevedendo un ampliamento del campo di operatività.

Tale forma di intercettazione, a norma dell'art. 295 comma 3-*bis* c.p.p., può essere adottata se si intende agevolare le ricerche di un latitante in relazione a uno dei delitti previsti dall'art 51 comm. 3-*bis* c.p.p. In tal senso, si è parlato di "doppio

⁹⁰ Art. 405 comma 2 c.p.p.)

⁹¹ Ciò grazie alle norme che hanno esteso in tal senso l'ambito di operatività dell'art. 430 c.p.p.: Art.12, l. 16 marzo 2006, n. 46; art.684-quater c.p.

⁹² O comunque per uno dei delitti indicati dall'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p.

⁹³ O comunque dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p.

binario”⁹⁴ facendo riferimento all’adozione di una disciplina processuale differente rispetto a quella riservata ai reati comuni.

L’osservazione ha aperto un acceso dibattito teso a considerare l’esigenza di assicurare, anche nelle ipotesi descritte, l’ampia gamma di garanzie, normalmente riservate agli imputati. Un ulteriore aspetto oggetto di discussione è stata la necessità di garantire uniformità al procedimento penale⁹⁵.

Il lavoro delle forze di polizia, di fatto, non risulta essere vincolato alle logiche garantiste che regolano il processo penale⁹⁶, che va letto alla luce del tenore dell’art.111 Cost. La necessità e la legittimità di un sistema processuale differenziato può essere risolto in senso positivo, considerando che l’attività in oggetto può servirsi di azioni che la legittimano, si pensi al furto delle auto utilizzate per commettere omicidi o all’uso di armi che, successivamente, vengono nascoste, all’abitudine di non parlare troppo a lungo al telefono per evitare di essere localizzati, all’intimidazione cui vengono sottoposti i testimoni ecc.

In tale direzione anche le pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani la quale ha valorizzato le c.d. “clausole di compensazione” dettate da situazioni di emergenza criminale.

Il garantismo processuale è stato, dunque, rivisitato in considerazione del buon funzionamento del processo, ovvero della sua efficienza e della prevenzione degli abusi del diritto processuale, legittimando le differenziazioni del regime accusatorio nel perseguimento di reati di particolare natura per difficoltà e complessità delle indagini, rischi di inquinamento o soppressione delle fonti di prova⁹⁷. Anche la

⁹⁴ BORRELLI G., *Processo penale e criminalità organizzata*, in SPANGHER G. (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, Tomo I, Torino, 2011, p.261.

⁹⁵ MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., pp.1-67; BERNASCONI A., *Criminalità organizzata* (diritto processuale penale), in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Milano, 2009, pp. 501 ss.

⁹⁶ MOROSINI P.G., *Le infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici: Associazione per delinquere e concorso esterno di politici e di imprenditori*, in MILITELLO V., PAOLI L., ARNOLD J. (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano, 2012, p. 283 s.

⁹⁷ V. CEDU, 20 novembre 1989, C. Kastovski, Paesi Bassi

Corte cost.⁹⁸ ha avvertito l'esigenza della differenziazione dell'accertamento processuale per i fatti inerenti alla criminalità organizzata.

Il regime delle indagini preliminari nei procedimenti in oggetto si basa su norme finalizzate all'incremento della potenzialità invasiva degli organi inquirenti, all'ampliamento e potenziamento delle indagini, nonché all'attribuzione dei poteri e doveri di coordinazione delle autorità inquirenti⁹⁹.

A seguito della comunicazione della notizia di reato l'art.347, comma 3, c.p.p., dispone che, relativamente ai reati *ex art. 407, comma 2, lett. a), n.1-6 c.p.p.*, la p. g. sia tenuta ad effettuarla "immediatamente" e "senza ritardo" alla stessa stregua di quanto previsto per gli altri reati. I giudici hanno chiarito che la disposizione non impone tempi rigidi, ma che la comunicazione al P.M. vada effettuata appena ve ne sia la possibilità, avendo cura delle esigenze di un ufficio di pubblica sicurezza¹⁰⁰.

Si osservi che anche la durata delle indagini risulta derogare l'ordinaria disciplina, infatti l'art.405, comma 2 c.p.p., prevede un termine per la conclusione delle indagini e l'accertamento dei delitti¹⁰¹ pari ad un anno, rispetto al termine ordinario di 6 mesi. Inoltre, come si è visto, il termine per la conclusione delle indagini è prorogabile fino a 2 anni.

Si è visto anche che le disposizioni processuali finalizzate all'adeguamento delle indagini preliminari al difficile accertamento dei fatti delittuosi relativi al fenomeno criminale organizzato non prevedono la sospensione dei termini nel periodo feriale (art. 21-*bis* del d.l. n. 306/1992 convertito nella l. n. 356/1992, il quale modificando l'art. 2, della legge 7 ottobre 1969, n. 742). In merito all'organizzazione e al coordinamento delle indagini, si possono, dunque, individuare ampi margini derogatori.

Sul tema, in merito al coordinamento delle indagini, così scriveva il giudice Falcone *"inchieste di tal genere possono essere gestite con una certa agilità qualora esse vengano frammentate e guidate con rigoroso coordinamento da un pool di*

⁹⁸ Corte Cost., 14 novembre 2006, n. 372

⁹⁹ BORRELLI G., *Processo penale e criminalità organizzata*, cit., p.123

¹⁰⁰ Cass.pen, 19 marzo 2007, 1238

¹⁰¹ Di cui all'art. 407, comma 2 lett. a), c.p.p.

magistrati inquirenti equamente distribuiti nelle zone maggiormente interessate al fenomeno ed operanti in stretto rapporto funzionale con nuclei specializzati di polizia giudiziaria”¹⁰². Il primo intervento legislativo in questa direzione è consistito nell’introduzione dell’art.118-bis disp. att. c.p.p., che prevede l’obbligo del P.M. di informare il procuratore generale presso la corte di appello dei procedimenti che hanno dato vita ad indagini collegate, nonché, dei procedimenti aventi ad oggetto uno dei delitti di grave allarme sociale previsti all’art. 407 comma 2 lettera a) c.p.p. (tra essi compaiono i delitti per i quali è stabilita la misura della custodia cautelare in carcere, tra cui l’associazione di tipo mafioso).

L’art.371, comma 2, del c.p.p. prevede un obbligo, in capo agli uffici del P.M., di coordinarsi se le indagini sono collegate, ovvero se: i procedimenti sono connessi a norma dell’art. 12 (e non sono stati riuniti); se trattasi di reati in cui si evidenzia che risultano commessi in occasione di altri o per conseguire o assicurare profitto, o l’impunità, o che sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, ovvero se la prova di un reato, o di una circostanza, influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza; o, infine, quando la prova di più reati deriva dalla medesima fonte.

Solo con l’introduzione della l. n. 356 del 1991 e, successivamente, della n. 8 del 1992 si pervenne al sanzionamento del suddetto obbligo di coordinamento tramite l’istituto dell’avocazione, introdotto nelle ipotesi di criminalità mafiosa e non mafiosa¹⁰³.

La l. 20 gennaio 1992, n. 8, che ha convertito il d.l. 20 novembre 1991, n.367, dando attuazione alle esigenze di coordinamento in commento, ha introdotto l’art.76-bis (oggi art.103 del Codice antimafia) andando ad istituire la Direzione nazionale antimafia nell’ambito della procura generale presso la Corte di cassazione cui è stato affidato il compito, in ambito nazionale, di coordinare le indagini¹⁰⁴.

¹⁰² FALCONE G., TURONE G., *Tecniche di indagine n materia di mafia*, in AA.VV., *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, Milano, 1983.

¹⁰³ Artt. 372, comma 1-bis e art. 371-bis, comma 3, lettera h)

¹⁰⁴ BORRACCETTI V., *L’attività di coordinamento del procuratore antimafia*, in MELILLO G., SPATARO A., VIGNA P.L. (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Milano, 2004, p. 81 ss.

L'istituzione di una nuova struttura centralizzata ha suscitato dubbi di costituzionalità, in merito all'indipendenza del P.M. e al principio di obbligatorietà dell'azione penale prevista all'art. 112 Cost.¹⁰⁵ La Relazione al disegno di legge di conversione del d. l. istitutivo della Direzione nazionale antimafia, riporta che: *“il decreto motivato e reclamabile, l'avocazione delle stesse [...] è istituto tipico del processo che sottende situazioni, altrettanto tipizzate, di inerzia nella conduzione della attività investigativa. Il procuratore nazionale antimafia, in secondo luogo, non è organo posto al di fuori dell'ordinario modello che stabilisce l'articolazione dei diversi uffici del pubblico ministero, ma si iscrive nell'ambito della procura generale presso la Corte di Cassazione; non si tratta quindi di un organo "controllato" dall'esecutivo, ma funzionalmente "sorvegliato" dal procuratore generale presso la Corte di Cassazione [...]. È fin troppo evidente che un fenomeno composito come la criminalità organizzata richieda una struttura organizzativa che operi secondo linee di intervento dotate della necessaria coerenza, organicità e programmazione [...]. È altrettanto evidente, d'altra parte, che quelle linee debbano comunque coniugarsi con l'attività di tutte le istituzioni nel loro complesso; ciò perché l'ordine e la sicurezza pubblica e gli altri valori di rango costituzionale ricevano effettivo e non verbalistico ristoro. Ma tutto ciò non equivale né a modificare l'assetto istituzionale, né ad evocare interferenze tra i poteri dello Stato, giacché al contrario le relative attribuzioni e la reciproca autonomia vengano ad essere esaltate proprio perché l'unità degli obiettivi non resta sterilmente racchiusa all'interno di tante "monadi" istituzionali”*¹⁰⁶.

A seguito dell'introduzione della Direzione Nazionale Antimafia non sono mancate critiche alla sua capacità di incarnare un modello organizzativo amministrativo gerarchizzato, in grado di realizzare una responsabile collaborazione tra procuratori.

¹⁰⁵ SALVI G., *Funzione e poteri del procuratore nazionale antimafia*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 1079 ss.

¹⁰⁶ Relazione al disegno di legge n. 30066/S di conversione del decreto legge 20 novembre 1991 n. 367, in *Documenti Giustizia*, 1991, n. 12, pp. 160 s.

CAPITOLO II

IL DOPPIO BINARIO PENITENZIARIO

1. Il diritto penitenziario: le fonti nazionali e sovranazionali

L'ordinamento penitenziario indica quel complesso di norme in materia di esecuzione delle pene private e limitative della libertà personale contenute nelle leggi, nei regolamenti, nelle circolari ministeriali, nel codice di procedura penale ed in quello di rito¹⁰⁷.

Nell'ordinamento giuridico italiano il primo significativo provvedimento relativo alle istituzioni penitenziarie dell'Italia post-unitaria è il "Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi". L'approvazione di quest'ultimo era frutto del positivismo criminologico, il quale riteneva indispensabile fondare tutta la politica penitenziaria all'insegna di un trattamento differenziato, scientifico ed individuale, non collettivo: per la prima volta erano stati tenuti in considerazione i bisogni anche umani del condannato.

L'ascesa del fascismo segnò, invece, la "sospensione" dello Stato di diritto, tanto che fu introdotta nuovamente la pena di morte.

Al contrario, nel 1931 fu approvato il "Nuovo Regolamento per gli Istituti di prevenzione e pena", il quale attribuiva rilevanza al lavoro, all'istruzione¹⁰⁸ e alla religione, considerati come mezzi per rieducare i condannati. Il carcere era comunque considerato un luogo quasi inaccessibile, dove i detenuti si trovavano in una condizione di totale emarginazione e solitudine.

In tale quadro, l'entrata in vigore della Costituzione ha rappresentato un momento di fondamentale importanza ai fini di una nuova concezione del carcere e del

¹⁰⁷ Così NEPPI MODONA G., *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto delle discipline penali*, XVIII, Torino, 1995, p. 321. Per un inquadramento generale si v. FIORENTIN F., MARCHESELLI A., *L'ordinamento penitenziario*, Milano, 2005, p. 1 ss.; GREVI G., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 1 ss.

¹⁰⁸ L'art. 218 del r.d. 18 giugno 1931, n. 787, intitolato alla Istruzione dei minori, stabilisce che «se il numero dei detenuti lo consente, è impartita non solo l'istruzione elementare, ma anche quella che si impartisce nelle scuole di avviamento al lavoro o in altre analoghe».

trattamento penitenziario in generale¹⁰⁹. La nuova nozione di pena ha contribuito in maniera decisiva e ha avuto un grande impatto nei confronti del codice penale e della legislazione penitenziaria. Come si vedrà, infatti, la Costituzione ha introdotto il principio del finalismo rieducativo della pena, imponendo al legislatore ordinario di adeguare l'ordinamento penitenziario alla nuova concezione della sanzione. Ciò è avvenuto con l'introduzione della legge 26 luglio 1975 n. 354, che all'art. 1, ultimo comma, recita in maniera inequivocabile che «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi».

La scelta del legislatore di intervenire si deve anche ad una pronuncia della Corte costituzionale, che ebbe un grande impatto sociale. La Consulta, infatti, con la sentenza n. 204/1972¹¹⁰, riconobbe finalmente che la pena deve necessariamente tendere alla riabilitazione sociale del condannato, il quale, pur essendo privato della sua libertà personale, deve essere messo nelle condizioni di relazionarsi nel migliore dei modi con la società nel momento in cui la pena terminerà.

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo ordinamento penitenziario, è stato emanato, con il d.p.r. n. 431/76, il Regolamento di esecuzione, finalizzato ad attuare le disposizioni della legge n. 354. Si tratta di una normativa di attuazione che

¹⁰⁹ Cfr. SCIUMÈ A., *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, Milano, 2013, p. 55 ss.

¹¹⁰ Cfr. Corte Cost. 4 luglio 1974, n. 204, in *www.giurcost.org*. Nell'occasione la Corte osservò che «l'istituto della liberazione condizionale rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato. Per esso, infatti, il condannato che abbia, durante il tempo della esecuzione, tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento e che abbia soddisfatto, avendone la capacità economica, le obbligazioni civili derivanti dal commesso reato, può essere posto in libertà prima del termine previsto dalla sentenza definitiva di condanna, previa imposizione, da parte del giudice di sorveglianza, incaricato dell'esecuzione del provvedimento, di prescrizioni idonee ad evitare la commissione di nuovi reati (artt. 228, secondo comma, e 230, primo comma, n. 2, del codice penale). Con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle. Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale».

attribuisce al carcere una nuova veste, non più luogo isolato dalla società, ma posto in cui espiare la pena in condizioni di umanità, e finalizzato ad un reinserimento adeguato nella società: in tale prospettiva, giunge a definitiva maturazione l'idea che il detenuto è soggetto di diritto allo stesso modo di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento giuridico.

La legge del 1975 ha il merito di mettere al centro dell'intero sistema carcerario la figura del detenuto¹¹¹, considerato soggetto di diritto, che deve essere messo nelle condizioni di uscire dall'espiazione della pena potendo affrontare senza problemi di risocializzazione il ritorno in società. Inoltre, viene meno anche l'odiosa discriminazione tra i detenuti, ora tutti uguali a prescindere da sesso, razza, religione, nazionalità, condizioni economiche e sociali.

Nessun detenuto può essere destinatario di compiti tali da porlo in una situazione di preminenza rispetto agli altri; il detenuto, inoltre, non è più identificato con un numero di matricola, ma deve essere chiamato con il proprio nome, e chiaramente ciò ne riabilita la dignità, facendo sentire i detenuti delle persone a tutti gli effetti. Nella prospettiva di tale nuovo trattamento penitenziario, il detenuto non deve limitarsi a patire la pena della privazione della libertà, ma essa deve essere uno strumento per un trattamento individualizzato finalizzato al recupero sociale della sua persona.

Ciò è reso evidente da quanto previsto nel comma 2 dell'art. 1 della legge del 1975¹¹²: «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

Il trattamento individualizzato diviene, quindi, l'obiettivo di fondo del nuovo trattamento penitenziario: l'idea è quella di una osservazione quasi scientifica della

¹¹¹ Cfr. SIRACUSANO F., *“Cronaca di una morte annunciata”*: l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della “riforma tradita”, in *Archivio penale*, 3, 2019, p. 4.

¹¹² Cfr. GREVI G., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 15 s.

personalità dei singoli detenuti, in modo da prevedere per ognuno un programma personalizzato di recupero e reinserimento sociale, da scontare in un carcere piuttosto che in un altro, in una sezione piuttosto che in un'altra a seconda delle singole esigenze concrete.

L'art. 13 della legge del 1975 evidenzia con precisione tale aspetto¹¹³, prevedendo che il trattamento penitenziario deve essere modellato in relazione alle esigenze del singolo detenuto, e che anche l'applicazione della pena deve essere dinamica, tenere cioè conto delle risposte del detenuto all'applicazione della stessa, anche ai fini di monitorare il percorso del soggetto in relazione all'obiettivo finale, che è quello del reinserimento in società.

In tale prospettiva, viene valorizzato il principio della discontinuità della pena, nel senso che deve essere consentito al detenuto, secondo un meccanismo premiale, di poter godere di permessi che gli consentano di poter riallacciare i rapporti familiari. Un altro punto di forza della riforma del 1975 è la necessità di valorizzare i diritti e le aspettative del singolo detenuto, attraverso la creazione di spazi e tempi in cui dedicarsi ad attività di promozione e sviluppo della persona umana, quali l'istruzione, il lavoro, la religione, le attività creative, sportive e culturali, oltre naturalmente a favorire un contatto frequente con il mondo esterno¹¹⁴.

In tal senso, per la prima volta, il legislatore statuisce che il contatto con i familiari ed i soggetti esterni è uno strumento indispensabile nel perseguire la finalità di

¹¹³ Cfr. l'art. 13 della legge n. 354/1975: «il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa. Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione. Le indicazioni generali e particolari del trattamento sono inserite, unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, nella cartella personale, nella quale sono successivamente annotati gli sviluppi del trattamento pratico e i suoi risultati. Deve essere favorita la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento».

¹¹⁴ Cfr. FLICK G.M., *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, 2016, p. 190 ss.

rieducazione del condannato: le visite dei familiari, quindi, non sono un premio, ma un vero e proprio *step* necessario per la riabilitazione del condannato¹¹⁵.

In tal senso, nelle carceri vengono garantiti l'istruzione, il pieno svolgimento delle attività culturali in genere, specie di quelli in grado di garantire la piena affermazione della personalità dei detenuti¹¹⁶. Anche per la partecipazione a tali attività, che devono comunque garantire anch'esse il pieno pluralismo ricreativo, sportivo e culturale, è previsto il riconoscimento di benefici premiali: l'obiettivo del legislatore è di tutta evidenza, si vuole evitare che il detenuto si chiuda in sé stesso, aumentando così le sofferenze dovute già di per sé alla privazione della libertà, e lo si vuole stimolare a relazionarsi con gli altri, ad essere sempre attivo, sia nel corpo che nella mente.

Molto importante è la cornice costituzionale e sovranazionale dell'ordinamento penitenziario. Quanto ai principi costituzionali, rileva anzitutto l'art. 2 Cost., che valorizza i diritti inviolabili dell'uomo in quanto individuo, anche se costretto in carcere. L'art. 3 Cost., invece, valorizza il principio di eguaglianza che esplica la sua funzione anche per i detenuti.

Norma fondamentale, poi, è l'art. 13 Cost., il cui primo comma enuncia il fondamentale principio dell'inviolabilità della libertà personale¹¹⁷. Nonostante la

¹¹⁵ Cfr. l'art. 17 della legge n. 354/1975: «la finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'associazione rieducativa. Sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole del direttore, tutti coloro che avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera. Le persone indicate nel comma precedente operano sotto il controllo del direttore».

¹¹⁶ Cfr. l'art. 27 della legge n. 354/1975: «negli istituti devono essere favorite e organizzate attività culturali, sportive e ricreative e ogni altra attività volta alla realizzazione della personalità dei detenuti e degli internati, anche nel quadro del trattamento rieducativo. Una commissione composta dal direttore dell'istituto, dagli educatori e dagli assistenti sociali e dai rappresentanti dei detenuti e degli internati cura la organizzazione delle attività di cui al precedente comma, anche mantenendo contatti con il mondo esterno utili al reinserimento sociale».

¹¹⁷ Questo il testo dell'art. 13 Cost.: «la libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono

previsione costituzionale, soprattutto al secondo e al terzo comma, si presenti come inusualmente tecnica, si tratta chiaramente di un principio che non può attenersi soltanto al diritto processuale penale, ma ha sicuramente una portata più vasta¹¹⁸.

La libertà personale, quindi, è garantita espressamente dall'art 13 Cost., e ciò costituisce l'epilogo di un percorso cominciato quasi due secoli prima, a partire cioè dall'illuminismo e dalle rivoluzioni della fine del Settecento. Negli anni successivi, l'affermarsi di ordinamenti liberali condusse al progressivo riconoscimento di una serie di diritti fondamentali, tra cui rientrava, appunto, la libertà personale.

Lo Stato, quindi, subisce una serie di limitazioni proprio attraverso il riconoscimento delle libertà fondamentali del cittadino, che gli impediscono di interferire in maniera penetrante nella vita privata di quelli che, fino a quel momento, erano veri e propri sudditi. Lo Stato moderno, pertanto, costituisce l'erede delle idee ottocentesche, e nasce proprio nel segno del garantismo delle libertà fondamentali dei cittadini, che costituiscono inevitabilmente un freno al suo potere autoritativo¹¹⁹.

Nonostante le derive dei regimi totalitari, oggi la tutela della libertà personale rappresenta un principio riconosciuto e garantito in tutti gli Stati che vogliono definirsi civili. Tuttavia, sarebbe estremamente riduttivo interpretare l'inviolabilità personale nel senso di mera tutela della libertà fisica; l'art. 13 Cost., infatti, tutela anche la personalità morale e la pari dignità sociale degli individui, ragion per cui sono considerate degradanti quelle misure che, pur non incidendo per cui bisogna considerare che incidono negativamente sulla libertà personale quelle misure che, pur non concretandosi in forme di coercizione fisica, contribuiscono a degradare le persone.

revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva».

¹¹⁸ Sulla nozione di libertà personale, nella vastissima bibliografia sul tema, si v., tra gli altri, FANUELE C., *Libertà personale*, in DINACCI F.R. (a cura di), *Processo penale e costituzione*, Milano, 2010, p. 209 ss.; BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971; GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; ELIA L., CHIAVARIO M., *Libertà personale*, Torino, 1977.

¹¹⁹ Sul rapporto Stato-cittadini in relazione alle libertà fondamentali si v. CRISAFULLI V., *Manuale dei diritti del cittadino*, Roma, 1950, *passim*.

Rileva, ancora, l'art. 24 Cost., che garantisce il diritto di difesa anche nel procedimento di sorveglianza

La Costituzione repubblicana individua poi nel principio di legalità una colonna portante dell'intero ordinamento giuridico¹²⁰, in quanto l'art. 25 Cost. dispone che: «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

Dell'art. 27 Cost., invece, ci si occuperà nel paragrafo successivo.

Per quanto concerne, invece, la cornice sovranazionale, l'atto più importante è sicuramente la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'ONU il 10 dicembre 1948, che proclama i diritti che devono essere garantiti a tutti gli individui in tutto il mondo¹²¹. In tale Dichiarazione manca, tuttavia, una precisa disposizione in materia di trattamento della pena.

Successivamente, poi, i due Patti¹²² adottati dalle Nazioni Unite consacrano un fenomeno di collettivizzazione dei diritti umani, visto che, a differenza della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo che si concentra sull'individuo e

¹²⁰ Si veda GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino 1994, p. 84 ss.

¹²¹ Questo si legge nel preambolo: «Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo; Considerato che il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità, e che l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godano della libertà di parola e di credo e della libertà dal timore e dal bisogno è stato proclamato come la più alta aspirazione dell'uomo; Considerato che è indispensabile che i diritti umani siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione; Considerato che è indispensabile promuovere lo sviluppo di rapporti amichevoli tra le Nazioni; Considerato che i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato nello Statuto la loro fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna, ed hanno deciso di promuovere il progresso sociale e un miglior tenore di vita in una maggiore libertà; Considerato che gli Stati membri si sono impegnati a perseguire, in cooperazione con le Nazioni Unite, il rispetto e l'osservanza universale dei diritti umani e delle libertà fondamentali; Considerato che una concezione comune di questi diritti e di questa libertà è della massima importanza per la piena realizzazione di questi impegni».

¹²² Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, il Patto internazionale sui diritti civili e politici ed il Protocollo facoltativo relativo a quest'ultimo Patto. I Patti obbligano gli Stati che li abbiano ratificati a riconoscere e progettare un'ampia gamma di diritti umani, mentre le disposizioni facoltative stabiliscono le procedure in base a cui i privati nonché gli stati possono presentare delle denunce in merito a violazioni dei diritti dell'uomo.

sui suoi diritti ed è indirizzata alle persone e non agli Stati, i Patti vengono indirizzati agli Stati, che prendono l'impegno di offrire protezione ai diritti fondamentali della persona.

Attraverso i meccanismi creati, i diritti elencati nei due Patti acquistano una protezione giuridica internazionale, nel senso che il Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite ha stabilito un meccanismo di risposta alle istanze individuali o collettive, oltre che ricorsi interstatali. Se la denuncia è giudicata verosimile e seria, il Comitato ha il potere di investigare la situazione.

In particolare, ai nostri fini rileva il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a Nuova York il 16 dicembre 1966, il quale stabilisce, all'art. 6, comma 2, che la pena di morte può essere prevista solo per i reati più gravi a seguito di sentenza definitiva passata in giudicato, ed all'esito di un giusto processo.

A livello europeo, invece, l'atto più importante a tutela dei diritti umani è la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, conclusa a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata poi in vigore il 3 settembre 1953. Nell'ambito della CEDU, l'art. 3 sancisce sia un divieto di tortura, sia il divieto di porre in essere trattamenti disumani e degradanti. Va poi ricordato l'art. 5 CEDU, il quale dispone che ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza, e nessuno può essere privato della libertà se non nei casi espressamente previsti dalla legge¹²³.

¹²³ Questo il testo completo dell'art. 5 CEDU: «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: (a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; (b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; (c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso; (d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; (e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; (f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione. 2. Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico. 3. Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato

Vanno menzionati, in conclusione, anche il Protocollo n. 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, siglato a Strasburgo il 28 aprile 1983, relativo all'abolizione della pena di morte, il cui art. 1 abolisce, dunque, la pena di morte, limitandola, *ex art. 2*, solo in casi di guerra, e il successivo Protocollo n. 13, siglato a Vilnius il 3 maggio 2002, che, con l'art. 1, ha abolito la pena di morte in ogni circostanza, dunque senza eccezioni nemmeno in tempi di guerra.

1.1 Art. 27 comma 3 Cost. della Costituzione

Fiumi di inchiostro sono stati scritti sulla funzione della pena. Inizialmente, la pena è stata interpretata soprattutto in chiave retributiva: l'idea, in particolare, è che la pena rappresenti una sorta di corrispettivo per il male arrecato. La retribuzione ricerca esprime la necessità di una proporzione tra la pena da irrogare e l'offesa provocata¹²⁴.

La pena deve consistere, dunque, in una reazione proporzionale all'offesa: solo in questo modo il reo percepirà la giustizia della pena¹²⁵.

Successivamente, comincia ad affermarsi la teoria della prevenzione generale. Diversamente da quella retributiva, secondo la quale si punisce perché è giusto contraccambiare con una pena il male che ha fatto il reo, e non perché la pena sia utile ai fini della rieducazione¹²⁶, la teoria della prevenzione generale intende la

dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza. 4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima. 5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione».

¹²⁴ Cfr. VERNAGALLO E., *La filosofia della pena tra teoria retributiva e teoria rieducativa*, in www.associazionelaic.it, 2019.

¹²⁵ Cfr. TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 48 ss.

¹²⁶ Cfr. CECCANESE G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in *Digesto delle discipline penali*, XVIII, Milano, 2005, p. 411 s.

pena non come punizione per il reato commesso dal reo, ma come strumento di prevenzione: la pena, dunque, ha uno scopo ben preciso.

Se la retribuzione guarda al passato, dunque, la prevenzione guarda al futuro: l'obiettivo è quello di evitare che altri reati vengano commessi in futuro. Sulla scorta della prevenzione generale, poi, si afferma anche la prevenzione speciale, il cui obiettivo è quello di cercare di capire in che modo si può evitare che il reo commetta nuovamente un reato. Se la teoria della prevenzione generale guarda soprattutto alla collettività, la teoria della prevenzione speciale guarda nello specifico al reo, con l'obiettivo di rieducarlo¹²⁷.

La prevenzione generale fa leva "sull'effetto criminal-pedologico" della pena che, incriminando determinate condotte, induce i consociati ad una stigmatizzazione della stessa, e l'aspetto negativo affida alla pena un effetto intimidativo-deterrente. La seconda, invece, favorisce la risocializzazione del condannato o la sua non desocializzazione mediante un meccanismo di emancipazione personale frutto di una scelta volontaria, sebbene suggerita ed indotta proprio attraverso la pena¹²⁸.

Alla luce di queste considerazioni di carattere generale, è ora possibile verificare in che modo la nostra Costituzione intende la pena. Si parla, a tal proposito, di polifunzionalità. Va premesso che la moderna concezione della pena si basa su una serie di requisiti ritenuti fondamentali, già sapientemente elaborati da Beccaria¹²⁹, uno dei più grandi studiosi in materia: l'afflittività, ossia la capacità della pena di produrre comunque un nocumento al soggetto passivo della stessa; l'adeguatezza, ossia la proporzionalità al fatto commesso, in quanto la pena, se troppo lieve, perde la sua efficacia deterrente, mentre se troppo severa suscita esclusivamente timore e non viene ritenuta giusta dai consociati; la certezza, in quanto la mancata applicazione della pena la priva del suo carattere deterrente¹³⁰; la prontezza, visto che la pena deve necessariamente essere applicata in un tempo ragionevole, poiché,

¹²⁷ Cfr. CECCANESE G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, cit., p. 413.

¹²⁸ Cfr. CECCANESE G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, cit., p. 415.

¹²⁹ Si v. BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1764.

¹³⁰ Cfr. VASSALLI G., *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale*, Milano, 1964, p. 18 ss.

in caso contrario, essa non viene più avvertita come giusta ed ancora una volta perde parte della sua efficacia deterrente; l'inderogabilità, nel senso che la pena non ammette eccezioni, e deve trovare necessariamente applicazione nel momento in cui ne sussistono i presupposti; l'informazione, ossia la possibilità concessa ai consociati di essere sempre a conoscenza delle sanzioni sottese ad ogni singolo delitto o illecito; l'effettività, la quale implica una correlazione tra efficacia della pena e sua legittimità, e comporta la rinuncia ad essa in caso di inefficacia¹³¹.

Invero, l'art. 27 Cost. recepisce le linee guida di Beccaria: anzitutto, all'interno del nostro ordinamento vige il principio della necessità della pena, principio fondamentale e ineliminabile, tanto che la sua abolizione dovrebbe essere considerata incostituzionale.

La pena, inoltre, deve anche essere afflittiva, nel senso visto poc'anzi¹³².

Secondo principio è quello della legalità della pena, in base a quanto espressamente previsto dall'art. 1 del c.p.¹³³ e dall'art. 25 Cost.¹³⁴, in ossequio ai quali nessuno può essere passibile di pena per aver commesso un fatto che non sia tipizzato dalla legge come reato, e con pene da essa stabilite.

Corollari di questa regola sono il principio di tassatività, per effetto del quale il legislatore è vincolato a descrivere la norma penale nella maniera più precisa e dettagliata possibile, e quello di irretroattività, per effetto del quale un soggetto può essere punito solo per un fatto previsto come reato nel momento in cui l'ha commesso. Terzo principio è quello della proporzionalità della pena, che costituisce il c.d. limite logico del potere punitivo dello Stato di diritto, e rappresenta una

¹³¹ Cfr. EUSEBILI., *La Funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 101 ss.

¹³² Piuttosto controverso, invece, appare il principio di obbligatorietà della pena, nel senso dell'obbligo costituzionale per il legislatore di sanzionare penalmente l'offesa ai beni costituzionalmente rilevanti, con conseguente possibilità di dichiarazione di incostituzionalità delle leggi scriminanti tali offese. Cfr. CECCANESE G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, cit., p. 417.

¹³³ Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.

¹³⁴ Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.

elementare esigenza di giustizia¹³⁵: affinché il reo percepisca come giusta l'inflizione della pena, e perché quest'ultima sia meritevole, è necessario che essa sia proporzionata al *quantum* di colpevolezza, ovvero all'effettivo disvalore del fatto illecito commesso.

Quarto principio è quello della personalità della pena, scolpito in maniera certa dall'art. 27 Cost., il quale riferisce che la responsabilità penale è personale, sancendo non solo la personalità dell'illecito penale e, quindi il divieto di responsabilità per fatto altrui, ma anche la personalità della sanzione penale¹³⁶.

Gli ultimi due principi, connessi all'umanizzazione della pena e al suo finalismo rieducativo, sono quelli che maggiormente rilevano ai fini della nostra indagine, in quanto strettamente correlati a ciò che accade all'interno delle carceri. Infatti, se i principi delineati fino a questo momento attengono sostanzialmente alla fase applicativa della pena, gli ultimi due concernono prevalentemente la fase attuativa della stessa, che deve essere ispirata ad un senso di umanità e di finalismo rieducativo¹³⁷.

L'umanizzazione della pena si desume agilmente dall'articolo 27 Cost., il quale sancisce che il trattamento sanzionatorio non può in nessun caso consistere in trattamenti contrari al senso di umanità¹³⁸. La disposizione in esame è finalizzata a ribadire, se mai ce ne fosse bisogno, che l'applicazione della pena non può avvenire in modo disumano o crudele, escludendo quindi qualunque tipo di afflizione ulteriore rispetto a quella inevitabilmente provocata dalla restrizione della libertà personale. Questo principio porta con sé un corollario, ossia quello del rispetto della personalità e della dignità del detenuto, principio che ha anch'esso un'estensione molto ampia¹³⁹.

¹³⁵ Cfr. MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2013.

¹³⁶ Art. 27 Cost. La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte.

¹³⁷ Cfr. TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., p. 63.

¹³⁸ Cfr. MANGANESE S., RISPOLIE., *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, in www.cortecostituzionale.it, 2016, p. 25 ss.

¹³⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 742.

Nell'esecuzione della pena, come della misura di sicurezza, il detenuto in nessun caso può essere considerato un mezzo per il raggiungimento di fini eteronomi, anche se da lui consentiti, quali ad esempio esperimenti di natura scientifica. Gli stessi trattamenti terapeutici devono essere attuati in modo tale da non ledere la dignità umana¹⁴⁰.

Per quanto riguarda il finalismo rieducativo, così come sancito dall'art. 27, co. 3 Cost., secondo il quale "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato", il problema è comprendere cosa si intende effettivamente per rieducazione. Certamente essa non può imporre il pentimento interiore o la riabilitazione morale dell'individuo, cosa che deve semmai conseguire ad un autonomo processo interno al soggetto. La rieducazione va, invece, intesa nel senso di risocializzazione, ossia di reinserimento del soggetto nella vita di relazione, di acquisita consapevolezza dei valori disattesi con la trasgressione, non certo nel senso di imposizione di modelli adottati dall'ideologia statale.

2. Il legislatore penitenziario dell'allarme sociale

2.1 Genesi e ratio dell'art.4-bis dell'ordinamento penitenziario

L'espressione "legislatore penitenziario dell'allarme sociale" si riferisce a quel periodo storico in cui, a causa dell'aumento esponenziale dei reati, soprattutto quelli di matrice organizzata e mafiosa, è stata percepita una crescente esigenza di sicurezza da parte della società. Questa percezione ha portato il legislatore a intervenire con una serie di riforme volte a rafforzare la legislazione penitenziaria per fronteggiare la criminalità organizzata e garantire la sicurezza pubblica.

Nel corso degli anni, vari provvedimenti legislativi sono stati adottati per affrontare il fenomeno della criminalità organizzata, spesso in risposta ad eventi criminosi di particolare gravità che hanno scosso l'opinione pubblica. Questi provvedimenti hanno introdotto misure preventive, pene più severe e nuove forme di detenzione.

¹⁴⁰ Cfr. RONCO D., TORRENTE G., *Pena e ritorno. Una ricerca su interventi di sostegno e recidiva*, Milano, 2017, p. 55 ss.

Tra le misure introdotte dal legislatore penitenziario dell'allarme sociale, vi sono le cosiddette "misure di sicurezza" che hanno lo scopo di prevenire la recidiva e garantire la protezione della società. Alcune di queste misure includono il carcere duro o il regime di massima sicurezza, in cui i detenuti vengono sottoposti a una serie di restrizioni e controlli più rigidi, al fine di prevenire la loro partecipazione a attività criminali anche all'interno delle carceri.

Tuttavia, è importante sottolineare che le misure di sicurezza, pur essendo indirizzate alla protezione della società, non possono ledere la dignità e i diritti umani dei detenuti. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sottolineato più volte che le condizioni di detenzione devono essere adeguate e rispettose della dignità umana, anche quando si tratta di detenuti coinvolti in reati gravi.

In conclusione, il legislatore penitenziario dell'allarme sociale è stato guidato dalla necessità di affrontare la crescente criminalità organizzata e di garantire la sicurezza pubblica. Tuttavia, è essenziale trovare un equilibrio tra la protezione della società e il rispetto dei diritti umani dei detenuti, puntando anche sulla rieducazione e sulla riabilitazione come strumenti per ridurre la recidiva e promuovere la reintegrazione sociale dei detenuti.

Nella storia della legislazione penale italiana, il codice del 1930 ha rappresentato una chiara opzione di politica criminale a favore della concezione retributiva della pena nel versante della sua applicazione¹⁴¹.

La consapevolezza degli effetti desocializzanti assunti dall'ambiente carcerario ha progressivamente sollecitato varie iniziative tese a realizzare un diverso trattamento penitenziario che valorizzasse la duplice dimensione del principio rieducativo: potenziare la prospettiva della non desocializzazione, promuovendo, contemporaneamente, il reinserimento del detenuto nella società.

Con la riforma del 1975 il legislatore ha inteso valorizzare il concetto di rieducazione del condannato, puntando sulla possibilità di avere contatti con l'esterno; per la prima volta è stato utilizzato lo strumento delle misure alternative

¹⁴¹ Cfr. DOLCINI E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova, 1989, p. 12 ss.

alla detenzione, divenuto, nel tempo, il fulcro della politica penitenziaria. In realtà, il cammino intrapreso con tale riforma, nonostante considerevoli difficoltà e numerosi ripensamenti, non ha seguito un percorso lineare e coerente con l'impostazione originaria.

Anche l'Italia, del resto, come molti altri Paesi europei, ha avviato, sin dal dopoguerra, un percorso di riforma del sistema penale (limitato, invero), codificando una serie di misure alternative alla detenzione inframuraria, caratterizzate dal fatto di essere meno costose sul piano umano e sociale e da irrogarsi ai soggetti condannati per fattispecie di reato normalmente non particolarmente gravi¹⁴².

Il legislatore non è riuscito a modificare radicalmente il sistema sanzionatorio delineato dal codice del 1930, ma ha preferito incidere sulla pena muovendosi, da un lato, sulla tipologia delle sanzioni inizialmente applicabili, attraverso l'introduzione delle cosiddette sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e, dall'altro, intervenendo sull'esecuzione della pena attraverso la previsione delle misure alternative alla detenzione¹⁴³.

La *ratio* di una tale scelta ideologica si basa su numerosi elementi: tra questi ha incisa la diffidenza con la quale viene guardato il carcere, ambiente ritenuto non idoneo alla rieducazione dei delinquenti, soprattutto alle prime esperienze. La logica rieducativa o, almeno, non desocializzante deve caratterizzare l'esperienza detentiva in modo significativo, per cui tutti gli sforzi diretti ad evitare il peggioramento della condizione sociale del condannato devono essere posti in essere. Si vuole, in linea teorica, il riadattamento del condannato nella società attraverso misure capaci di bilanciare l'esigenza di repressione/prevenzione con quella di rieducazione. Un altro elemento che sicuramente ha inciso è l'affollamento carcerario che ha imposto la necessità di fare ricorso al carcere unicamente nelle ipotesi in cui ciò è indispensabile. Sostituendo la vecchia

¹⁴² Cfr. FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, p. 52 ss.

¹⁴³ MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 160.

disciplina di natura regolamentare prevista dal r.d. 18-6-1931, n. 787¹⁴⁴, il primo provvedimento legislativo adottato in questa direzione è stata la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, con la quale sono state introdotte, per la prima volta, le misure alternative alla detenzione in carcere (affidamento in prova, semilibertà e liberazione anticipata)¹⁴⁵.

La riforma è stata molto importante, valorizzando l'idea che non è il carcere l'unico strumento a disposizione per la rieducazione, nonché quella che lo stesso carcere, comunque, può essere un luogo in cui, oltre l'espiazione della pena, è possibile pensare alla rieducazione.

Inizia, lentamente ma inesorabilmente, ad assumere concretezza la prospettiva costituzionale della finalità rieducativa della pena, fino ad allora oggettivamente relegata nel limbo delle disposizioni costituzionali del tutto ineseguite.

Le prerogative sottese alla riforma sono consistite nell'attribuire, al soggetto detenuto, per un verso, diritti ed aspettative, prima del tutto sconosciuti al circuito carcerario, tali da realizzare in pieno il principio di uguaglianza tra cittadini (detenuti e non) e, per altro verso, occasioni di recupero graduale della propria libertà, con la previsione di una gamma di misure alternative finalizzate sostanzialmente a realizzare, attraverso una progressiva decarcerizzazione, la sua risocializzazione da attuarsi con un trattamento individualizzato.

La riforma, come già accennato, rispondeva all'obbligo di adempiere al precetto costituzionale indicato dall'art. 27 Cost. che impone l'umanizzazione delle pene e la finalità rieducativa cui le stesse devono tendere¹⁴⁶: fino a quel momento, la pena era considerata immutabile, per qualità e quantità, nel momento in cui la sentenza passava in giudicato¹⁴⁷. Eppure, la riforma dell'ordinamento penitenziario ha avuto un destino davvero strano: dopo essere stata introdotta con l'obiettivo di attuare in

¹⁴⁴ Cfr. ZANOTTI M.C., *Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio*, in *Indice penale*, 2000, p. 708.

¹⁴⁵ Cfr. GONNELLA P., *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, 2019, p. 39 ss.

¹⁴⁶ Cfr. DELLA CASA F., *La crisi d'identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperimenti di diritto pretorio e irrisolte carenze organizzative*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 3278.

¹⁴⁷ Cfr. LA GRECA G., *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975. Linee generali e sviluppo*, in *Diritto e procedura penale*, 1995, p. 875.

pieno il principio costituzionale della rieducazione del condannato, è venuta alla luce senza che contestualmente si provvedesse ad una modifica del codice penale e del codice di rito, generando, in tal modo, un'aporia tra i principi costituzionali e quanto attuato in concreto dall'ordinamento penitenziario¹⁴⁸, che assecondava una logica antiquata della sanzione penale¹⁴⁹.

Inoltre, il sistema sanzionatorio delineato dal codice Rocco, prediligendo la pena carceraria, ha determinato l'intasamento delle strutture carcerarie dando vita, in tal modo, ad uno dei problemi più drammatici della vicenda carceraria. Quest'ultima esigenza ha preso, come era prevedibile, il sopravvento e la funzione di risocializzazione, cui erano state preordinate le misure alternative ha dovuto, spesso, lasciare spazio alla necessità di far fronte al sovraffollamento carcerario¹⁵⁰. L'utilizzazione, per certi versi parsimoniosa, di misure differenziate, rispetto al modello dominante nell'ordinamento penale, conferma, invece, che la pena detentiva mantiene ancora il suo primato nel sistema penale. Trattasi di quella pena detentiva che, a sua volta, si è presentata storicamente come "alternativa" rispetto all'allora predominante pena di morte.

L'idea del primato della prevenzione speciale su ogni altra funzione della pena ha, contestualmente all'esigenza primaria di elaborare una politica "differenziata" di lotta alla criminalità, determinato la prospettazione di nuove risposte sanzionatorie articolate non solo in base alla gravità del reato, ma anche alle caratteristiche del suo autore¹⁵¹.

Alla crisi del sistema sanzionatorio del 1930 è seguito, con il passare del tempo, un progressivo affievolimento dell'efficacia general-preventiva della sanzione senza alcun corrispondente effettivo rinvigorismento di quella special-preventiva. Per evitare equivoci sulla funzione delle misure alternative e sugli scopi cui ciascuna

¹⁴⁸ Cfr. D'ONOFRIO M., SARTORI M. *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004, p. 7.

¹⁴⁹ Cfr. PRESUTTI A., *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in ID. (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, p. 97.

¹⁵⁰ Cfr. PAVARINI M., *Le conseguenze giuridiche del reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, p. 458.

¹⁵¹ Cfr. FLORA G., *Misure alternative alla pena detentiva*, in *Novissimo Digesto italiano*, Aggiornamento, V, Torino, 1984, p. 95.

misura è preordinata, è opportuno sottolineare che le misure alternative assolvono sia finalità di prevenzione generale, sia finalità di prevenzione speciale¹⁵².

Il dato di fondo resta, in ogni caso, l'esigenza di migliorare, o comunque non peggiorare, le condizioni del condannato nella prospettiva della sua vita di relazione. E ciò pur considerando, in misura maggiore o minore, la componente tipica della sanzione penale.

Esse possono sostituire interamente la detenzione (affidamento in prova) mantenendo, comunque, una sufficiente carica di afflittività; ovvero possono non incidere affatto sull'intensità della pena detentiva limitandosi ad una riduzione della pena complessiva da espiare (liberazione anticipata).

In questa ottica, bisogna concordare con chi ritiene¹⁵³ che più la misura alternativa tende verso la integrale sostituzione della pena detentiva, più facilmente si legittimano interferenze della prevenzione generale: viceversa, meno la misura alternativa incide sulla componente detentiva, meno si giustificano cautele ispirate a criteri di prevenzione generale.

Tuttavia, la politica criminale tendente al recupero del reo non può tradursi in una mera fuga dalla pena detentiva, né in una politica fondata esclusivamente sull'indulgenza. Pertanto, è opportuno concretizzare in ogni misura un progetto realmente rieducativo capace di consentire un reinserimento sociale pieno¹⁵⁴. In fondo, le misure alternative perseguono lo stesso finalismo della pena detentiva poiché, pur non limitando interamente la libertà personale, implicano comunque, un grado di afflittività variabile¹⁵⁵.

Allo stesso tempo, il fatto di essere state etichettate dalla legge n. 354/1975 come "benefici" non può significare altro che esse, a prescindere dalla loro natura giuridica, determinano per il condannato una condizione di maggior favore rispetto

¹⁵² Cfr. PRESUTTI A., *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, cit., p. 102 ss.

¹⁵³ Cfr. FLORA G., *Misure alternative alla pena detentiva*, cit., p. 99.

¹⁵⁴ Cfr. BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in *Atti del convegno di studio "Enrico De Nicola": pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 376.

¹⁵⁵ Cfr. MANTOVANI F., *Atti del convegno di studio "Enrico De Nicola": pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, cit., p. 21.

allo stato di detenzione inframuraria¹⁵⁶. Occorre, però, sottolineare che garantiscono una spiccata capacità di recupero, solo se sostenute da un sistema complessivo idoneo a tal fine.

2.2 L'evoluzione normativa

Un primo intervento di riforma dell'ordinamento penitenziario si è avuto con la legge 21 giugno 1985, n. 297 recante “Norme sulla prevenzione e reinserimento in materia di tossicodipendenza”, con la quale si è introdotto, all'interno del sistema, un nuovo articolo (art. 47-*bis*) che prevede una nuova ipotesi di affidamento in prova da concedersi a particolari categorie di soggetti: i tossicodipendenti e gli alcooldipendenti.

Per queste persone, invero, la norma contenuta nell'art. 47-*bis* ha apportato delle significative innovazioni rispetto alla disciplina dell'affidamento in prova ordinario concentrate, essenzialmente, nella possibilità di concedere la misura sin dal momento della condanna¹⁵⁷.

Successivamente, con il chiaro intento di rimediare ai problemi irrisolti dalla legge n. 354/1975 e, in particolare, con il dichiarato scopo di sfoltire gli istituti penitenziari¹⁵⁸, il legislatore è intervenuto nuovamente in tale materia con la legge 10 ottobre 1986, n. 663, introducendo la nuova misura della detenzione domiciliare, cui è seguita la previsione, per il condannato “libero”, di sperimentare le misure alternative alla detenzione anche senza aver precedentemente passato un periodo di tempo in carcere.

Questa novella rappresenta un organico e consistente intervento legislativo finalizzato ad aggiornare e armonizzare la disciplina relativa all'esecuzione penale. Essa ha saputo valorizzare l'idea di fondo sulla quale si è ancorata l'intera riforma

¹⁵⁶ Cfr. CASAROLI G., *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII, Torino, 1994, p. 20.

¹⁵⁷ Cfr. PRESUTTI A., *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, cit., p. 106.

¹⁵⁸ Cfr. RAIMONDI S., *Le misure alternative alla detenzione: le istanze del condannato*, Milano, 2013, p. 55 ss.

penitenziaria: il netto ridimensionamento del carattere custodiale del carcere ed il conseguente potenziamento di tutti quei meccanismi finalizzati a soddisfare l'esigenza della individualizzazione del trattamento rieducativo.

Da un punto di vista generale è, però, innegabile che, in un periodo di tempo limitato, il legislatore sia intervenuto in modo del tutto disomogeneo sul sistema sanzionatorio, elaborando istituti per certi versi sovrapponibili: le misure sostitutive delle pene detentive brevi (artt. 53 e ss. della legge 24 novembre 1981, n. 689), unitamente alle varie alternative introdotte dalle leggi di riforma, hanno dato vita ad un modello sanzionatorio poco razionale che ha generato prassi differenziate sacrificando la certezza e l'effettività della pena¹⁵⁹.

Nel contempo, il diritto dell'esecuzione penale si è, inoltre, trasformato, nella prassi, in un diritto prevalentemente giurisprudenziale, nel quale la magistratura di sorveglianza gode di ambiti di intervento caratterizzati da un'ampia discrezionalità, che può indirizzare anche secondo scelte di politica criminale del singolo ufficio¹⁶⁰. Per tale ragione, il legislatore è intervenuto nuovamente nei primi anni Novanta del secolo scorso con un regime di maggior rigore rispetto agli interventi precedenti. Sono espressione di questa nuova tendenza legislativa la legge 19 marzo 1990, n. 55 recante "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazioni di pericolosità sociale", e la legge 12 luglio 1991, n. 203, recante "Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e di buon andamento dell'attività amministrativa" con la quale si è introdotta, nell'ordinamento penitenziario, una nuova norma (art. 4-bis) finalizzata ad impedire la concessione dei benefici penitenziari, ad eccezione della liberazione anticipata, ai condannati per alcuni delitti particolarmente gravi.

Si è visto come la *ratio* di tali interventi legislativi vada ricercata nella necessità di contrastare in maniera adeguata la criminalità organizzata, che aveva

¹⁵⁹ Cfr. POLIDORO R., *La riforma dell'ordinamento penitenziario: lavoro, minorenni, assistenza sanitaria e vita penitenziaria. I decreti legislativi 2 ottobre 2018, numeri 124, 121, 123*, Torino, 2019, p. 96 ss.

¹⁶⁰ Cfr. FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 56 ss.

progressivamente preso il sopravvento sullo Stato, culminato con le stragi di mafia nelle quali erano rimaste vittime Giovanni Falcone e Paolo Borsellino¹⁶¹.

Successivamente, l'art. 4-*bis*, diventato l'emblema del rigore penitenziario, è stato oggetto di nuove modifiche operate dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, recante "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità organizzata", e dalla legge 23 dicembre 2002, n. 279 con la quale il legislatore ha previsto la possibilità di concedere, comunque, i benefici penitenziari ai detenuti che collaborano con la giustizia nonostante stiano espiando la pena per uno dei reati ostativi previsti dall'art. 4-*bis*¹⁶².

La *ratio* della scelta è strettamente collegata alla necessità di favorire il fenomeno del cosiddetto pentitismo e, comunque, di agevolare fenomeni collaborativi più in generale. Le aspettative, però, non sono state soddisfatte dal momento che i numerosi interventi di riforma introdotti dal legislatore non hanno prodotto meccanismi processuali idonei a consentire il recupero di tempi processuali ragionevoli, presupposto indispensabile per la efficace applicazione nei termini della sanzione penale; non è stato, poi, predisposto un sistema sanzionatorio veramente "alternativo", capace di attuare appieno una politica criminale concreta ed omogenea¹⁶³.

In questo mutato contesto si colloca la legge 27 maggio 1998, n. 165, rubricata "Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale e la legge 26 Luglio 1975 n.354 e successive modificazioni", la quale ha ridisegnato, rispetto all'originaria impostazione codicistica, i momenti genetici dell'esecuzione delle pene detentive nel senso di una crescente responsabilizzazione del pubblico ministero con conseguente suo potenziamento funzionale. L'esigenza sottesa era di tipo equitativo: garantire ai condannati a pene detentive brevi, attraverso un

¹⁶¹ Cfr. D'AMBROSIO F., *Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, vent'anni dopo*, in *Giustizia insieme*, 1, 2012, p. 17 ss.

¹⁶² Cfr. LUPO E., *Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, vent'anni dopo*, in *Giustizia insieme*, 1, 2012, p. 13 ss.

¹⁶³ Cfr. APRILE E., *La Consulta ribadisce che le limitazioni ai benefici penitenziari previsti dall'art. 4-*bis* ord. penit. si applicano ai condannati per il reato di cui all'art. 630 c.p. anche nel caso di riconoscimento della circostanza attenuante della lieve entità. Nota a sent. C. Cost. 12 marzo 2020 n. 52*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2020, p. 2818 ss.

congegno procedurale studiato ad *hoc*, di poter scegliere con coscienza la misura rieducativa da espletare; ciò al fine di superare l'inaccettabile risultato per cui «talune categorie di soggetti» non riuscivano «a fruire delle misure alternative alla detenzione per la sola e ingiustificata ragione della loro appartenenza a categorie sociali estremamente deboli»¹⁶⁴.

Si badi bene che parte della dottrina è ancora oggi molto critica circa la concentrazione dei poteri amministrativi in capo al pubblico ministero in questa fase, che rischia di mortificare i diritti dei condannati. In effetti, si è osservato che non è giustificabile l'attribuzione al pubblico ministero nella fase esecutiva di una posizione «schiacciante di preminenza» che si pone in «dissonanza con la tendenziale finalizzazione del sistema a garantire la partecipazione paritetica di accusa e difesa in ogni stato e grado del procedimento»¹⁶⁵.

Tale provvedimento ha modificato la struttura delle misure alternative rendendole più facilmente accessibili per perseguire due obiettivi: contribuire alla riduzione della popolazione carceraria in costante crescita ed eliminare le contraddizioni e le conseguenze negative che l'originaria disciplina processuale comportava a danno dei soggetti più deboli, spesso sforniti dei mezzi (soprattutto economici) per garantirsi un'adeguata difesa tecnica per accedere, in modo semplice, alle predette misure.

Su iniziativa dell'interessato, infatti, era possibile ottenere misure alternative alla detenzione. La presentazione all'ufficio del pubblico ministero, prima dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, di un'istanza diretta ad ottenere il beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale,

¹⁶⁴ CANEVELLI P., *L'analisi delle singole norme*, in *Diritto penale processuale*, 1998, p. 814: «questi gli obiettivi: ridurre il sovraffollamento negli istituti di pena, con particolare riguardo ai condannati per reati di minore gravità, e consentire loro l'accesso alle misure alternative, previste dalla legge 26 Luglio 1975 n. 354 direttamente dalla libertà».

¹⁶⁵ GAITO A., *Poteri di integrare il merito "post rem iudicatam"*, in *Diritto penale processuale*, 1995, p. 1317. In tale prospettiva, «appare come un allarmante arretramento rispetto allo standard minimo della giurisdizionalità l'aver mantenuto in *executivis* in capo al P.M. una forma schiacciante di preminenza, limitandosi a riconoscere all'interessato la facoltà di reagire all'operato del pubblico ministero sollecitando l'intervento del giudice dell'esecuzione, dato che un'effettiva giurisdizionalità dell'esecuzione non tollera che soggetti diversi dal giudice penale possano esplicare effetti costitutivi vincolanti per la sorte dell'interessato».

dell'affidamento in prova in casi particolari (caso in cui l'istante poteva addirittura ottenere la scarcerazione se aveva presentato l'istanza dopo l'esecuzione dell'ordine di carcerazione), della detenzione domiciliare e dell'ammissione alla libertà, comportava la sospensione dell'ordine di carcerazione o della sua esecuzione fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza¹⁶⁶.

L'interessato, dunque, di sua iniziativa, in presenza di particolari condizioni, poteva ottenere la sospensione dell'ordine di carcerazione. Su tale apparato normativo è, dapprima, intervenuto l'art. 1 della legge n. 165/1998 che ha introdotto, in alcuni casi, l'obbligo per il pubblico ministero di emettere, contestualmente all'ordine di esecuzione, un provvedimento di sospensione dello stesso¹⁶⁷.

In particolare, il novellato art. 656 c.p.p. stabiliva che quando la pena detentiva, anche se residuo di una pena superiore, fosse maggiore di tre anni, oppure quattro in caso di condannato dipendente da alcol o da droghe, il pubblico ministero consegnasse al condannato, e notificasse al suo difensore, un ordine di esecuzione con il quale, se il condannato non era detenuto, ne disponeva la carcerazione. Laddove, invece, l'entità della pena fosse stata inferiore ai suddetti limiti, il pubblico ministero doveva consegnare al condannato, assieme all'ordine di esecuzione, anche il decreto di sospensione dell'esecuzione con un duplice avviso. In *primis*, entro trenta giorni l'interessato poteva presentare istanza per ottenere una misura alternativa alla detenzione, quali l'affidamento in prova, la semilibertà o la detenzione domiciliare, oppure la sospensione dell'esecuzione a favore del condannato per reati commessi in relazione alla propria condizione di tossicodipendenza, nonché l'affidamento in prova nei confronti di condannato tossicodipendente o alcolodipendente. L'altro avviso prescriveva che la mancata presentazione dell'istanza avrebbe provocato l'immediata esecuzione della pena

¹⁶⁶ Cfr. NIRO M., SIGNORINI M., *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, Milano, 2010, p. 55 ss.

¹⁶⁷ Cfr. LEONARDI M., GASPARI M., *La detenzione domiciliare*, Milano, 2017, p. 33 ss.

detentiva. Questo meccanismo non trovava applicazione per i reati c.d. ostativi, di cui si dirà nell'ultimo capitolo¹⁶⁸.

La *ratio* della riforma era di tutta evidenza, rendere cioè più semplice la possibilità di accedere a modalità alternative di esecuzione della pena per i reati minori, onde evitare di affollare carceri già al collasso.

Vi era poi anche un'altra motivazione: in precedenza, la possibilità di accedere a tali modalità alternative di esecuzione della pena era paradossalmente ostacolata dalle difficoltà del condannato di ottenere, di sua iniziativa, l'applicazione della misura alternativa.

Nella prassi, infatti, i condannati, per ragioni sociali, ambientali, economiche e culturali (soprattutto quelli che non potevano permettersi legali di fiducia che li seguivano in maniera puntuale) non presentavano nei termini richiesti l'istanza, presentandola solo dopo l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, ragion per cui riuscivano ad accedere alle misure alternative dopo aver scontato parte della pena o addirittura tutta la pena¹⁶⁹.

In sintesi, «la riforma aveva il fine di rimuovere un grave squilibrio presente nel procedimento di esecuzione automatica dell'ordine emesso dal magistrato del pubblico ministero nei confronti di persona ignara o impossibilitata a conoscere il momento giusto per la presentazione dell'istanza di sospensione e, quindi, l'introduzione di un meccanismo di sospensione ex officio dell'ordine di esecuzione veniva vista come rimedio necessario per evitare evidenti disparità di trattamento tra detenuti e, soprattutto, come occasione per rendere effettiva la funzione rieducativa di una pena da eseguirsi con modalità alternative a quelle *intra moenia*»¹⁷⁰.

A seguito della modifica del 1998, dunque, l'art. 656 c.p.p. ha assunto una duplice funzione: per un verso, è diventato uno strumento per assicurare la certezza

¹⁶⁸ Cfr. FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, p. 74 ss.

¹⁶⁹ Cfr. RANIERI E., *Commento a Corte cost., 6 febbraio – 2 marzo 2018, n. 41*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e sistema processuale penale. L'elaborazione giurisprudenziale del 2018*, Milano, 2018, p. 73.

¹⁷⁰ RANIERI E., *Commento a Corte cost., 6 febbraio – 2 marzo 2018, n. 41*, cit., p. 73.

dell'esecuzione della pena per i reati più gravi e, per altro verso, si tratta di un mezzo utile per evitare che entrino inutilmente in contatto con il carcere soggetti che hanno diritto ad una misura alternativa alla detenzione.

Nel corso del tempo, il divario tra queste due finalità è aumentato: da un lato, infatti, sono aumentati i reati ostativi, dall'altro lato sono stati innalzati i limiti di pena per ottenere le misure alternative¹⁷¹.

3. I destinatari della disciplina ed i reati di maggior allarme sociale preclusivi per fasce

3.1 L'accesso ai benefici penitenziari: i reati di "prima fascia" e di "seconda fascia"

Non v'è dubbio che, da tempo, il momento attuativo della pena è oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore quale terreno dove misurare l'efficacia degli strumenti di lotta al crimine organizzato.

Incentrati, per lo più, sulla natura procedimentale dell'atteggiamento collaborativo e sulle conseguenze che da ciò derivano relativamente al trattamento penitenziario nonché sulla rinnovata introduzione di una sorta di pericolosità presunta, gli interventi del legislatore ordinario e dell'emergenza hanno portato, nell'ottica del cosiddetto "doppio binario", alla creazione di un modello penitenziario caratterizzato dalla costante svalutazione della funzione rieducativa della pena.

Norma cardine e «testo di riferimento» per tutta una serie di altre disposizioni «dichiaratamente funzionali alla costruzione di un regime penitenziario differenziato»¹⁷² fondato sul titolo di reato, è l'art. 4-*bis* ord. penit., oggetto di

¹⁷¹ Il comma 656 c.p.p. è stato modificato più volte: questi, in particolare, gli interventi riformatori. Comma così modificato dall'art. 10, d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, poi dall'art. 4 *undevicies*, d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, con legge 2 febbraio 2006, n. 49 e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, lett. b, n. 2, d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 94.

¹⁷² GREVI V., *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 2004, p. 7, cfr., altresì, CESARI C., GIOSTRA G.,

numerosi interventi legislativi e principale protagonista della “politica penitenziaria” della Corte costituzionale.

A tale «regime differenziato di esecuzione della pena» viene data concreta attuazione «muovendosi in due direzioni»: da un lato, subordinando l’accesso ai benefici penitenziari al verificarsi di particolari presupposti, dall’altro lato, inasprendo le condizioni di vita all’interno delle carceri sospendendo «le normali regole di trattamento» ed imponendo «una serie di restrizioni particolarmente afflittive»¹⁷³.

Cosicché per i detenuti per reati ritenuti *ex lege* di particolare allarme sociale, fra i quali la partecipazione ad un sodalizio mafioso di cui all’art. 416-*bis* c.p. e i delitti commessi avvalendosi delle condizioni tipiche dei fatti di mafia ed assimilabili ovvero al fine di agevolare le associazioni criminali, l’applicazione delle misure risocializzanti, che garantiscono il recupero di quote di libertà in corrispondenza dei progressi compiuti, «non viene rapportata all’osservazione, al trattamento, alla partecipazione all’opera di rieducazione, bensì ad un diverso indice di cessata pericolosità, finalizzato a risultati diversi e sostanzialmente svincolato dalla rieducazione del condannato»¹⁷⁴.

Nella sua formulazione originaria, l’art. 4-*bis* prevedeva una mera differenziazione del regime probatorio per garantire l’accesso ai benefici penitenziari. In particolare, i delitti erano suddivisi in due fasce: nella prima fascia rientravano i delitti aventi ad oggetto il crimine organizzato, mentre nella seconda quelli di elevata gravità ma non commessi all’interno del fenomeno della criminalità organizzata¹⁷⁵.

Orbene, coloro i quali erano stati condannati per reati di prima fascia potevano accedere ai benefici penitenziari solo in presenza di prove capaci di eliminare in radice il nesso con la criminalità organizzata; per quanto riguarda, invece, i delitti

Sub art. 4 bis, in GREVI V., GIOSTRAG., DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 65 ss.; GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione dell’emergenza in materia penitenziaria*, in *Diritto penitenziario*, 3, 1992, p. 127.

¹⁷³ CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 22.

¹⁷⁴ FIORIO C., *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Archivio penale*, 1, 2018, p. 14.

¹⁷⁵ Cfr. GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione dell’emergenza in materia penitenziaria*, cit., p. 129.

di seconda fascia, la possibilità di accedere alle misure alternative e ai benefici penitenziari era subordinata alla mera presenza dell'inesistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

Tuttavia, a seguito delle stragi di mafia del 1992, la norma ha subito, come già più volte segnalato, un *restyling* destinato ad incidere profondamente sull'assetto dell'art. 4-*bis*, inasprito in maniera significativa. In particolare, per effetto del d.l. n. 306/1992, i condannati per uno dei delitti di prima fascia potevano essere ammessi ai benefici premiali solo se avessero collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit.

In altri termini, lo Stato aveva definitivamente creato un meccanismo di presunzione legale assoluta di appartenenza alla criminalità organizzata, che precludeva in radice la possibilità di una prova contraria, sottraendo il reo a qualunque misura rieducativa, a meno che non si fosse prodigato a collaborare con gli inquirenti¹⁷⁶.

La Corte costituzionale ha osservato che, a seguito della riforma, si è avuto il passaggio «da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata»¹⁷⁷, ossia la collaborazione *ex art. 58-ter*. In tal modo, il legislatore ha deciso di incentivare in maniera significativa l'istituto del pentitismo, inducendo numerosi mafiosi a collaborare con la giustizia, con risultati, invero, non sempre positivi a causa del fenomeno delle collaborazioni “di comodo”.

Come si è già visto nel primo capitolo, la Corte costituzionale, negli anni successivi, ha dato vita ad un'opera di smantellamento delle scelte del legislatore, cercando di

¹⁷⁶ L'unica eccezione era prevista per coloro che, pur avendo commesso reati di prima fascia, non potevano offrire alcun elemento davvero utile alla giustizia, per i quali, in assenza di un qualunque collegamento certo con la criminalità organizzata, era sufficiente mostrare la volontà di collaborare, anche se la collaborazione, come detto, si fosse rivelata oggettivamente irrilevante per la scarsità delle informazioni a disposizione (cosa che accadeva soprattutto per coloro i quali erano ai margini dell'organizzazione criminosa).

¹⁷⁷ Corte Cost., 7 febbraio 1995, n. 68, in www.giurcost.org.

ricondere l'art. 4-*bis* ord. penit. ai dettami costituzionali. In particolare, con sentenza n. 445 del 1997¹⁷⁸, la Corte costituzionale ha chiarito ulteriormente che la concessione di benefici premiali e di misure rieducative costituisce il frutto di un percorso di riabilitazione e di rieducazione del condannato, e non può dunque essere esclusa irragionevolmente per il tramite di interventi normativi sopravvenuti che vadano ad incidere negativamente sulla condizione penitenziaria del condannato in base al mero titolo del reato.

La Corte costituzionale, in definitiva, aveva dato vita ad una vera e propria opera di smantellamento dell'istituto della collaborazione di giustizia, tanto da indurre il legislatore in più occasioni ad intervenire sulle lacune determinate dalle numerose pronunce di incostituzionalità.

In particolare, nel secolo in corso si sono succeduti diversi interventi normativi, che, invero, non hanno alterato in maniera significativa la struttura dell'art. 4-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario¹⁷⁹.

La legge 23 aprile 2009, n. 38, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza

¹⁷⁸ Cfr. Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 445, con la quale fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che il beneficio della semilibertà possa essere concesso nei confronti dei condannati che, prima della data di entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

¹⁷⁹ Cfr., in particolare, il d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con legge 19 gennaio 2001, n. 4; la legge 19 marzo 2001, n. 92; la legge 30 luglio 2002, n. 189, tutti provvedimenti che hanno ampliato il novero dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari. Si v., poi, anche la legge 23 dicembre 2002, n. 279, con la quale il legislatore non solo intervenne sull'elenco dei reati ostativi, ma recepì anche le indicazioni della Corte costituzionale in materia di collaborazione impossibile. Cfr., ancora, la legge 6 febbraio 2006, n. 38, con la quale il legislatore ha nuovamente modificato l'elenco dei reati ostativi; il d.l. 23 marzo 2009, n. 11, convertito con legge 23 aprile 2009, n. 38, che ha modificato la struttura dell'art. 4-*bis*, inserendo tra i reati ostativi della prima fascia anche reati in precedenza collocati nella seconda fascia, nell'ottica di una progressiva repressione della criminalità organizzata. Cfr., infine, la legge 15 luglio 2009, n. 94, e la legge 23 luglio 2009, n. 99, che hanno apportato ulteriori modifiche al catalogo di reati, nonché la legge 1° ottobre 2012, n. 172, che, in esecuzione della Convenzione di Lanzarote a tutela dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale ha arricchito ancora il catalogo di reati ostativi alla concessione di benefici penitenziari aggiungendovi reati sessuali a danno di minorenni.

pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", ha modificato l'art. 4-*bis* suddividendolo in quattro nuovi commi.

Nel comma 1, è prevista la disciplina per i delitti di prima fascia: «l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti ed internati per i delitti indicati nella norma solo nei casi in cui tali detenuti ed internati collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* della presente legge». Tra i reati previsti spiccano, in particolare, il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., 416-*ter*, delitti commessi avvalendosi delle condizioni in esso previste, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli artt. 600, 600-*bis* comma 1, 600-*ter*, commi 1 e 2, 601, 602, 609-*octies*, qualora ricorra anche la condizione di cui al comma 1-*quater* di tale articolo, 630 c.p., il delitto di cui all'art. 74 del Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, delitto di cui all'art. 291-*quater* del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia doganale¹⁸⁰.

Il comma 1-*bis*, invece, ha introdotto un meccanismo di attenuazione dell'ostatività che «preclude l'accesso ai benefici penitenziari, stabilendo che questi possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purchè siano acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In secondo luogo, 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. Infine, nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulta oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art 62, numero 6), anche qualora il risarcimento

¹⁸⁰ Cfr. NOTARO D., *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena. Nota a sent. C. Cost. 26 febbraio 2020 n. 32*, in *Diritto penale e processo*, 7, 2020, p. 985 ss.

del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'art. 114 ovvero art. 116, comma 2, c.p.».

Il comma 1-ter, invece, concerne i reati di seconda fascia: «i benefici di cui al comma 1 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 agli artt. 575, 600-bis commi 2 e 3, 600-ter comma 3, 600-quinques, 628 comma 3, 629 comma 2, del codice penale, all'art. 291-ter del Testo Unico delle disposizioni in materia doganale, all'art. 73 del Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80 comma 2 del medesimo Testo Unico, all'art 416 comma 1 e 3, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 del medesimo codice, all'art. 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dal Libro II titolo XII, Capo III, Sez. I, del medesimo codice, dagli artt. 609-bis, 609-quater, 609-octies e dall'art. 12 commi 3 e 3-bis e 3-ter del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 Luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni»¹⁸¹. Attualmente, i benefici penitenziari vengono negati a detenuti ed internati che hanno commesso reati particolarmente gravi, non tutti strettamente collegati alla criminalità organizzata mafiosa¹⁸².

Sussiste la suddivisione dei reati in due fasce, la prima contenente fattispecie particolarmente gravi che lasciano presumere l'appartenenza alla criminalità organizzata, la seconda, invece, reati meno gravi per i quali il collegamento con la criminalità organizzata non è automatico, ragion per cui, diversamente da quanto si verifica per i reati di prima fascia (per i quali i benefici sono negati in automatico a seguito della condanna a meno che il condannato non collabori con la giustizia

¹⁸¹ Cfr. NOTARO D., *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena. Nota a sent. C. Cost. 26 febbraio 2020 n. 32*, cit., p. 986.

¹⁸² Cfr. MAZZUCA J., *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *www.federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 3, 2020, p. 84 ss.

oppure, in caso di collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante, non si provi che il condannato non è un appartenente alla criminalità organizzata) è possibile escludere la concessione dei benefici premiali solo se si prova l'esistenza di un collegamento attuale con la criminalità organizzata¹⁸³.

Pare evidente, in conclusione, che il legislatore ha recepito le indicazioni della Corte costituzionale, introducendo il riferimento alla collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante, senza abbandonare la strada del doppio binario che costituisce un elemento imprescindibile a tutela della sicurezza collettiva. In tal senso, la Consulta ha sempre considerato le esigenze di repressione non illegittime, se bilanciate con quelle rieducative, senza che l'una possa prendere il totale sopravvento sull'altra.

3.2 I reati ostativi di “terza fascia” e le condizioni di accesso ai benefici per i sex offenders

L'art. 3 della legge n. 38/2009 rende più difficile per i condannati a causa di delitti a sfondo sessuale l'accesso ai benefici penitenziari, quali l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo IV dell'ordinamento penitenziario, fatta eccezione per la liberazione anticipata.

Nelle ipotesi dei reati di prostituzione minorile (600-*bis* c.p.), pornografia minorile (600-*ter* c.p.), detenzione di materiale pornografico (600-*quater* c.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (600-*quinquies* c.p.), violenza sessuale (609-*bis* c.p.), in caso di circostanze aggravanti (609-*ter* c.p.), atti sessuali con minorenni (609-*quater* c.p.), corruzione di minorenni (609-*quinquies* c.p.), violenza sessuale di gruppo (609-*octies* c.p.) e adescamento di minorenni (609-*undecies* c.p.) «i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti e internati solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della

¹⁸³ Cfr. GALLIANI D., PUGIOTTO A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 4, 2017, p. 1 ss.

personalità condotta collegialmente per almeno un anno, anche con la partecipazione degli esperti ex art. 80 comma 4 della presente legge»¹⁸⁴.

Va segnalato che il d.l. n. 11/2009 aveva inizialmente inserito tra i reati di prima fascia i più gravi delitti di prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale semplice (ad esclusione delle ipotesi meno gravi) ed aggravata, nonché gli atti sessuali compiuti con minorenni infraquattordicenni o infrasedicenni se posti in essere da un ascendente, un genitore, un convivente, un tutore o un altro soggetto affidatario del minore. Invero, tale scelta del legislatore ha destato molte perplessità, in quanto non si comprende come, nella prassi, tali particolari tipologie di reati possano essere effettivamente collegate alla criminalità organizzata¹⁸⁵; appare, infatti, evidente la discrepanza totale tra questa tipologia di reati e quelli legati alla mafia o al terrorismo.

In sede di conversione del decreto, il legislatore ha in parte fatto retromarcia, lasciando tra i reati di prima fascia esclusivamente le ipotesi più gravi di prostituzione e pornografia minorile e violenza.

Va segnalato che, secondo la giurisprudenza prevalente, nonostante la scarsa chiarezza del legislatore, non vi è dubbio che le disposizioni in esame vengano richiamate dal legislatore non come reati singoli, ma come veri e propri reati scopo collegati alle fattispecie associative di cui all'art. 416 c.p., nel senso che le limitazioni ai benefici penitenziari riguardano le ipotesi di delitto di associazione a delinquere finalizzato alla commissione di uno dei reati di cui sopra¹⁸⁶.

Resta il fatto che la connessione tra tali fattispecie di reato e la collaborazione appare di difficile comprensione. Al limite, infatti, la collaborazione per i reati sessuali potrebbe assumere rilevanza unicamente nell'ipotesi della violenza sessuale di gruppo¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Cfr. NISTICÒ M., PERRONE D., *Decisioni della Corte costituzionale (da n. 128/2010 a n. 222/2010) - Osservazioni a prima lettura. Rassegna di giurisprudenza*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2010, p. 1 ss.

¹⁸⁵ Cfr. CARACENI L., CESARI D., *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, p.49.

¹⁸⁶ In tal senso Cass. civ., 4 luglio 2003, n. 33328, in *www.dejure.it*.

¹⁸⁷ Cfr. MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e di stalking*, in *Diritto penale processuale*, 8, 2009, p. 946 ss.

La novella normativa del 2009 è sicuramente ispirata dalla volontà di ricercare la massima severità nella risposta penalistica ai fatti di violenza sessuale e, in generale, di violenza contro la libertà individuale, identificando gli autori di tali reati come soggetti socialmente pericolosi.

La tecnica normativa impiegata dal legislatore nel *restyling* dell'art. 4-bis ord. penit., con particolare riguardo all'inserimento dei reati a sfondo sessuale nell'ultimo comma, ha prodotto però delle aporie. Infatti, in sede di conversione il legislatore non ha effettuato alcun raccordo tra le diverse disposizioni «dell'ordinamento penitenziario che si richiama(va)no al comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., ai nuovi commi di cui si scompone, ora la previsione, per cui, sul versante applicativo, si è prospettata la questione di coinvolgere i nuovi commi con i vecchi periodi richiamati dalle diverse previsioni della legge penitenziaria»¹⁸⁸.

4. I benefici penitenziari e le misure alternative alla detenzione: tra prevenzione e rieducazione

La tematica del sistema penitenziario, delle misure alternative alla detenzione e della rieducazione dei detenuti è di estrema rilevanza in una società democratica e moderna. Questi argomenti ci spingono a riflettere profondamente sia sul piano giuridico che etico, poiché toccano le fondamenta della nostra concezione di giustizia e umanità.

Innanzitutto, dobbiamo considerare l'equilibrio tra sicurezza e dignità. La sicurezza pubblica è sicuramente un obiettivo prioritario per ogni Stato, ma non possiamo permettere che questa priorità comprometta la dignità e i diritti umani dei detenuti. È fondamentale trovare un giusto equilibrio tra il dovere di punire i reati e la responsabilità di trattare i detenuti con rispetto e umanità.

Un altro aspetto cruciale riguarda la finalità della pena. Essa è una questione complessa e dibattuta, poiché va oltre la semplice punizione dei reati. La pena

¹⁸⁸MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e di stalking*, cit., p. 955.

dovrebbe anche essere un mezzo per rieducare e riabilitare i detenuti, affinché possano diventare cittadini responsabili e produttivi nella società. Non dobbiamo perdere di vista l'importanza della rieducazione nel nostro sistema penitenziario.

Un altro punto da considerare è l'effettività delle misure alternative alla detenzione. Se vogliamo che queste misure siano efficaci nel ridurre la recidiva e promuovere la reintegrazione sociale, è necessario investire risorse e fornire programmi di rieducazione di alta qualità. Solo così potremo ottenere risultati positivi.

Un tema particolarmente delicato riguarda i minori e i giovani adulti. La criminalità giovanile richiede un approccio specifico, basato sulla rieducazione e sulla prevenzione. Dobbiamo impegnarci a fornire ai giovani detenuti tutte le opportunità per superare il loro passato criminale e costruire un futuro migliore.

La partecipazione della società è un altro aspetto cruciale. La rieducazione e il reinserimento sociale dei detenuti non possono avvenire solo all'interno delle mura del carcere. È fondamentale coinvolgere la società nel processo di reintegrazione, promuovendo la comprensione e l'accettazione dei detenuti che stanno cercando di cambiare e migliorare.

Inoltre, la prevenzione della criminalità è altrettanto importante. Dobbiamo investire nella lotta contro la povertà, nell'istruzione e nell'accesso all'occupazione, al fine di ridurre il rischio di cadere nella criminalità e di finire detenuti.

In conclusione, la questione del sistema penitenziario, delle misure alternative alla detenzione e della rieducazione dei detenuti richiede un approccio olistico e lungimirante. È un tema complesso che riguarda i valori fondamentali della nostra società e del nostro sistema giuridico. Per costruire un sistema penitenziario più equo, umano ed efficace, è essenziale un dialogo aperto e una collaborazione tra le varie parti interessate della società. Solo così potremo avanzare verso un sistema penitenziario che rispecchi pienamente i nostri principi di giustizia e umanità.

Fatta questa doverosa premessa, i primi tre commi dell'art. 58-*quater* c.p., prima della recente pronuncia della Corte costituzionale n. 229/2019¹⁸⁹, prevedevano

¹⁸⁹ Cfr. Corte Cost., 18 luglio 2019, n. 229, in www.giurcost.org.

sbarramenti molto rigidi per godere dei benefici penitenziari, che non lasciavano alcun margine di apprezzamento al giudice. L'intenzione del legislatore era abbastanza chiara: punire il condannato che si era dimostrato scarsamente affidabile, in quanto responsabile di condotte «negative “emblematiche”»¹⁹⁰, come ad esempio l'evasione o comportamenti tali da provocare la revoca di benefici che in precedenza erano stati concessi.

Si trattava, dunque, di una presunzione di «inidoneità temporanea del soggetto, evaso o inadempiente alle prescrizioni, a quelle forme di attenuazione della pena detentiva che sono proprie dei permessi premio o delle misure alternative»¹⁹¹. In particolare, particolarmente penalizzante era il comma 2 dell'art. 58-*quater* ord. penit., a proposito dei condannati ai quali era stato revocato il beneficio: tale l'occasione loro concessa nell'ottica della risocializzazione, dopo aver illuso «su una loro presunta capacità di percorrenza del cammino rieducativo»¹⁹².

La Corte costituzionale, come già segnalato in precedenza, ha tuttavia dichiarato l'illegittimità di tali disposizioni con la sentenza n. 229/2019, di poco successiva alla pronuncia n. 149/2018 in tema di ergastolo della quale ci si occuperà nell'ultimo capitolo dell'indagine. Quest'ultima sentenza, comunque, rappresenta la prima “picconata” all'art. 58-*quater*, poi definitivamente smantellato con la successiva pronuncia della Consulta n. 229 del 2019.

Ad avviso della Corte, la soglia fissa dei due terzi della pena detentiva temporanea irrogata quale condizione per l'accesso ai benefici penitenziari ai sensi dell'art. 58-*quater* comma 4 *ord. penit.* «opera in senso distonico rispetto all'obiettivo, costituzionalmente imposto, di consentire alla magistratura di sorveglianza di verificare gradualmente e prudentemente, anzitutto attraverso la concessione di permessi premio e l'autorizzazione al lavoro all'esterno, l'effettivo percorso

¹⁹⁰ DEL VECCHIO F., *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020, p. 84.

¹⁹¹ IOVINO F.P.C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cassazione penale*, 1992, p. 441. Cfr. anche PAVARINI M., GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, p. 193.

¹⁹² GUAZZALOCA B., *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992, n. 203, e 8 giugno 1992, n. 356, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356*, in CORSO P., INSOLERA G., STORTONI L. (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, II, Torino, 1995, p. 767.

rieducativo compiuto dal soggetto, prima di ammetterlo in una fase successiva dell'esecuzione – sulla base anche dell'esito positivo di quelle prime sperimentazioni – alla semilibertà e poi alla liberazione condizionale»¹⁹³.

Per tale ragione, la disposizione in esame è da considerarsi in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., in quanto determina un vero e proprio appiattimento nell'accesso ai benefici penitenziari, frustrando in tal modo la prospettiva di rieducazione che la Costituzione e anche la disciplina di attuazione della stessa impongono.

Rinviando all'ultimo capitolo dell'indagine l'esame delle argomentazioni della Corte, sviluppate proprio con riguardo alla sentenza n. 149/2018, preme in questa sede sottolineare che oggi, per effetto delle due sentenze in sequenza della Consulta, l'art. 58-*quater* ord. penit. è stato reso sostanzialmente del tutto inefficace nei suoi obiettivi primari¹⁹⁴.

Sia gli ergastolani che tutti gli altri detenuti condannati per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p. aggravati dalla morte del sequestrato, infatti, potranno beneficiare delle misure alternative alla detenzione unicamente per effetto della disciplina di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., allo stesso modo, dunque, di tutti gli altri condannati per i c.d. reati ostativi.

Quello che emerge è l'assoluta «non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»¹⁹⁵, oltre che la volontà di consacrare e valorizzare i principi di progressività del trattamento penitenziario e flessibilità della pena, quali conseguenze immediate del finalismo rieducativo della stessa.

La Corte costituzionale, dunque, ha certificato l'esistenza di un obbligo giuridicamente imposto al legislatore ordinario di prevedere istituti funzionali ad assicurare l'attuazione di tali principi nella loro interezza, eliminando, al contempo,

¹⁹³ Corte Cost., 18 luglio 2019, n. 229, cit.

¹⁹⁴ Cfr. BERNARDI S., *Dalla Consulta un'ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell'esecuzione della pena detentiva: definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58-*quater*, co. 4 ord. penit.*, in *Sistema penale*, 21 novembre 2019.

¹⁹⁵ Corte Cost., 18 luglio 2019, n. 229, cit.

tutti quelli che invece sono frustranti rispetto all'obiettivo principale del finalismo rieducativo¹⁹⁶.

L'obiettivo della Consulta, dunque, ancora una volta è quello di eliminare qualunque meccanismo di preclusione assoluta che risulterebbe non comprensibile per il detenuto privandolo in radice della possibilità di sperimentare misure indispensabili per il percorso volto al reinserimento nella società imposto dalla Costituzione.

5. Le preclusioni penitenziarie relative al cumulo delle pene

Una delle questioni più spinose in dottrina ed in giurisprudenza concerne l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. in caso di cumulo delle pene inflitte per reati compresi nel suddetto articolo e per reati non considerati da tale disposizione. Come è noto, ai fini dell'applicabilità dell'art. 4-*bis* ord. penit. il nesso tra il delitto associativo di cui all'art. 416 c.p. e quello ad esso collegato deve essere già messo in luce dalla sentenza di condanna in maniera non equivoca¹⁹⁷.

Orbene, lo scioglimento del cumulo consente di scindere sotto il profilo ideale il cumulo materiale (*ex art. 73 c.p.*) e quello giuridico (*ex art. 81 c.p.*) delle pene inflitte per titoli di reati diversi, mediante l'applicazione di un meccanismo di pre-imputazione. In altri termini, mediante lo scioglimento del cumulo si assiste alla pre-imputazione della pena già espiata al titolo di condanna ostativo, nonché all'imputazione della pena da espiare a quello non ostativo, in modo da poter invocare, con riferimento a quest'ultima, il riconoscimento di un beneficio penitenziario che altrimenti non sarebbe concedibile. Inizialmente, la Cassazione aveva giudicato non applicabile lo scioglimento del cumulo al fine di considerare

¹⁹⁶ Cfr. BERNARDI S., *Dalla Consulta un'ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell'esecuzione della pena detentiva: definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58-quater, co. 4 ord. penit.*, cit.

¹⁹⁷ Cfr. FIORENTIN F., *Preclusioni penitenziarie e permessi premio. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *Cassazione penale*, 3, 2020, p. 1019 ss.

in maniera separata i titoli di condanna e le relative pene, in considerazione del fatto che l'art. 4-*bis* ord. penit. si riferisce alla pericolosità presunta del soggetto, che viene formalizzata dalla sentenza di condanna per un determinato reato e da tale condanna fa discendere l'esclusione di numerosi benefici, senza alcuna possibilità di distinguere, in caso di pene concorrenti, e di attribuire ad un periodo precedente l'espiazione di quella parte di pena collegabile al reato per il quale è preclusa la concedibilità dei benefici¹⁹⁸.

Successivamente, però, è intervenuta sul tema la Corte costituzionale, che ha invece affermato la soluzione del tutto opposta, interpretando l'art. 4-*bis* ord. penit. nel senso che ai condannati per gravi delitti che abbiano già espiauto tutta la pena è possibile concedere le misure alternative alla detenzione anche se sono cumulate ad altri reati non ostativi alla concessione dei benefici.

Ciò in quanto «la disciplina sulle misure alternative si articola, ancor più che nel passato, in termini diversi in relazione alla tipologia dei reati per i quali è stata pronunciata sentenza di condanna la cui pena è in esecuzione»¹⁹⁹. Per tale ragione, dunque, ad avviso della Corte deve essere «ulteriormente valorizzato il tradizionale insegnamento giurisprudenziale della necessità dello scioglimento del cumulo in presenza di istituti che, ai fini della loro applicabilità, richiedano la separata considerazione dei titoli di condanna e delle relative pene»²⁰⁰.

Questa interpretazione della Consulta ha imposto un *revirement* della giurisprudenza di legittimità: la Cassazione, infatti, ha mutato indirizzo sostenendo che «nel caso di soggetto sottoposto ad esecuzione di pene cumulative delle quali alcune soltanto siano state inflitte per delitti che comportano, ai sensi dell'art 4-*bis*, O.P. esclusione o limitazione di misure alternative alla detenzione, il cumulo può essere sciolto ai fini della determinazione del momento in cui, considerata come

¹⁹⁸ Cfr. FIORENTIN F., *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4- bis L. n. 354 del 1975*, in *Giurisprudenza di merito*, 2, 2012, p. 504 ss.

¹⁹⁹ Corte Cost., 19 luglio 1994, n. 361, in www.giurcost.org.

²⁰⁰ Corte Cost., 19 luglio 1994, n. 361, cit.

avvenuta l'espiazione delle pene relative a quei delitti, l'esclusione o la limitazione non debbano più operare»²⁰¹.

Lo scioglimento del cumulo avviene non per opera del giudice dell'esecuzione, ma da parte del magistrato di sorveglianza destinatario, tra l'altro, dell'udienza finalizzata all'ottenimento del beneficio penitenziario, trattandosi di una valutazione strumentale alla possibilità di ottenere una misura alternativa alla detenzione in carcere²⁰².

Un altro profilo critico, poi, riguarda il calcolo del periodo minimo di pena indispensabile per ottenere misure alternative. Secondo la dottrina²⁰³ maggiormente garantista, tenuto conto dell'unitarietà del rapporto di natura esecutiva, che resta immutata anche a seguito dello scioglimento del cumulo, il giorno di partenza deve essere calcolato partendo dal momento di inizio della detenzione relativa alla pena cumulata.

Viceversa, secondo la giurisprudenza consolidata della Cassazione, il *dies a quo* è «il momento in cui si esaurisce l'espiazione della condanna relativa ai reati ostativi, per effetto di una valutazione di logica giuridica. Si ritiene, infatti, che sarebbe del tutto irragionevole, nel corso della fase dell'esecuzione della pena in carcere, rendere non operativo il cumulo al fine di considerare espia la parte di pena imputabile al reato ostativo, e nel contempo far decorrere il *dies a quo*, per calcolare il *quantum* minimo di pena espia, sin dall'inizio della carcerazione»²⁰⁴.

Un'ultima questione interpretativa riguarda l'applicabilità del meccanismo di scioglimento del cumulo di pene omogenee che derivano dall'esecuzione di diversi provvedimenti di condanna per reati tutti ostativi, dopo la verifica dell'impossibilità o dell'inesigibilità della condotta di collaborazione con riguardo a quei fatti la cui

²⁰¹ Cass. pen., SS.UU., 30 Giugno 1999, n. 5541, in *www.dejure.it*.

²⁰² Cfr. Cass. pen., 15 ottobre 2009, n. 7885, in *www.dejure.it*.

²⁰³ Cfr. FIORENTIN F., MARCHESELLI A., *Indulto e c.d. scioglimento del cumulo. Nota a App. Venezia 14 agosto 2006*, in *Giurisprudenza di merito*, 5, 2007, p. 1413 ss.

²⁰⁴ Cfr. FIORENTIN F., *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis L. n. 354 del 1975*, cit., p. 507.

pena deve essere ancora in parte scontata all'atto della presentazione della domanda di essere ammessi al beneficio²⁰⁵.

Sul punto, in nome del principio dell'unicità dell'esecuzione penale, la giurisprudenza della Cassazione ha escluso che possa essere sciolto il cumulo e, quindi, che si possa prescindere da alcuni dei provvedimenti di condanna per reati ostativi presenti nel provvedimento di cumulo, ai fini del giudizio di accertamento dell'impossibilità di collaborare con la giustizia.

Infine, va ricordato che le nuove previsioni contenute nell'art. 4-bis ord. penit., avendo riguardo all'esecuzione penale ed alle misure alternative alla detenzione, sono soggette al noto principio *tempus regit actum*, ragion per cui sono immediatamente applicabili anche a fatti e condanne pregresse.

²⁰⁵ Cfr. CONZ A., *Il concorso dei reati ex art. 73 e 74 c.p. problemi applicativi e criteri di formazione del cumulo delle sanzioni, nel rispetto dei limiti degli aumenti delle pene principali. Nota a Cass. sez. I pen. 23 aprile 2004, n. 26270, in Cassazione penale, 2, 2006, p. 467 ss.*

CAPITOLO III

IL REGIME DETENTIVO SPECIALE: L'ART. 41-BIS ORD. PENIT.

1. Prevenzione e rieducazione: perché i regimi carcerari differenziati

Le carceri speciali sono una forma di detenzione che risale a tempi antichi, ma nel corso della storia sono state utilizzate in modi diversi e per scopi diversi. In Europa, durante il Medioevo, le carceri venivano utilizzate per tenere in custodia i prigionieri, ma anche per punirli attraverso la tortura e la privazione dei diritti umani fondamentali. In questo periodo, le carceri erano luoghi bui e mal ventilati, in cui i prigionieri venivano sottoposti a condizioni di vita terribili²⁰⁶.

Durante l'Illuminismo, ci fu un movimento per migliorare le condizioni delle carceri e per rendere la detenzione un'esperienza più umana e rieducativa. In questo periodo, vennero introdotte le carceri panottiche, che consentivano ai detenuti di essere tenuti in custodia in celle singole e che prevedevano una serie di regole per la loro gestione.

Nel corso del XIX e XX secolo, si sono sviluppate carceri speciali per detenuti che rappresentano una minaccia particolare per la società, come i mafiosi, i terroristi o i prigionieri politici. Queste carceri sono state create per garantire la massima sicurezza e per impedire ai detenuti di continuare a commettere reati anche durante la detenzione²⁰⁷.

Nel corso degli anni, le carceri speciali sono state oggetto di critiche da parte di gruppi per i diritti umani, che hanno denunciato le condizioni di vita inumane e le violazioni dei diritti umani che spesso si verificano in queste strutture.

L'esigenza di creare carceri speciali per i mafiosi deriva dal fatto che questi individui rappresentano una minaccia per la società e per il sistema giudiziario. Le organizzazioni criminali come la mafia, infatti, sono state storicamente in grado di

²⁰⁶ DE VITO C.G., *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2014, p. 38.

²⁰⁷ *Ibidem*.

mantenere il loro potere e la loro influenza attraverso la violenza, l'intimidazione e la corruzione.

Le carceri speciali per i mafiosi sono state create per isolare questi individui dalla società e per impedire loro di continuare ad esercitare il loro controllo sul mondo esterno. In queste carceri, i mafiosi vengono sottoposti ad un regime di alta sicurezza, in cui le loro comunicazioni con l'esterno sono strettamente monitorate e i contatti con altri detenuti sono limitati.

Inoltre, in queste carceri, vengono offerti programmi di riabilitazione specifici per i mafiosi, che mirano a rompere il legame tra questi individui e le organizzazioni criminali alle quali appartengono. In questo modo, si cerca di evitare il rischio che i mafiosi continuino a commettere reati anche durante la loro detenzione o dopo la loro liberazione.

I regimi carcerari differenziati sono stati introdotti con l'obiettivo di gestire in modo adeguato detenuti considerati particolarmente pericolosi o membri di organizzazioni criminali. Questi regimi hanno lo scopo di garantire la sicurezza all'interno delle carceri e prevenire l'attività criminale che potrebbe essere orchestrata anche all'interno delle mura penitenziarie.

Una delle ragioni principali per l'adozione di questi regimi è la sicurezza. Detenuti appartenenti a organizzazioni criminali o condannati per reati gravi possono rappresentare una minaccia per la sicurezza degli altri detenuti e del personale penitenziario. I regimi carcerari differenziati, come il carcere duro, consentono di separare questi detenuti dagli altri e ridurre il rischio di attività criminali all'interno del carcere.

Inoltre, i regimi carcerari differenziati mirano a prevenire la recidiva. Alcuni detenuti sono considerati particolarmente pericolosi e ad alto rischio di commettere nuovi reati una volta rilasciati. Questi regimi permettono una maggiore sorveglianza e controllo su questi detenuti, al fine di prevenire la loro recidiva e proteggere la società da ulteriori crimini.

Un'altra ragione per l'adozione dei regimi carcerari differenziati è la deterrenza. La prospettiva di un trattamento penitenziario più rigido può dissuadere alcuni

individui dal compiere azioni illegali o dall'organizzare attività criminali all'interno delle carceri.

Controllare l'attività criminale è un'altra sfida affrontata dalle carceri. Per alcune organizzazioni criminali, le carceri possono diventare un luogo di coordinamento e pianificazione delle attività illegali. I regimi carcerari differenziati possono aiutare a ridurre questo rischio, isolando i membri di tali organizzazioni e impedendo loro di comunicare o pianificare attività criminali all'interno del carcere.

Infine, la pubblica sicurezza gioca un ruolo importante nell'implementazione di questi regimi. L'opinione pubblica può percepire la necessità di punizioni più severe per coloro che commettono reati gravi o appartengono a organizzazioni criminali, al fine di garantire un senso di giustizia e di sicurezza nella comunità.

La conciliazione dei regimi carcerari differenziati con la rieducazione è una questione complessa e controversa. Questi regimi sono stati ideati principalmente per gestire detenuti considerati particolarmente pericolosi o membri di organizzazioni criminali, ma la sfida sta nel trovare un equilibrio tra la necessità di garantire la sicurezza e quella di promuovere la rieducazione e la riabilitazione dei detenuti.

Per conciliare tali obiettivi, è essenziale adottare un approccio multidimensionale e umanitario nella gestione delle carceri. Ciò implica fornire ai detenuti opportunità concrete di partecipare a programmi di rieducazione, formazione professionale, corsi di istruzione, e di sviluppare abilità sociali e lavorative che possano essere utili una volta che saranno liberati.

Inoltre, è fondamentale creare un ambiente carcerario che rispetti la dignità umana e promuova un trattamento giusto e rispettoso dei detenuti. Ciò significa garantire che le condizioni di detenzione siano adeguate, che i detenuti abbiano accesso a cure mediche adeguate, a un'adeguata nutrizione, a strutture igieniche, e che siano protetti da ogni forma di abuso o violenza.

Inoltre, è importante coinvolgere il personale penitenziario in programmi di formazione e sensibilizzazione, per favorire un approccio umanitario e rieducativo nella gestione quotidiana dei detenuti. Un altro elemento cruciale per la

conciliazione è garantire l'accesso alla giustizia e alle garanzie processuali per i detenuti, in modo che possano far valere i propri diritti e avere la possibilità di dimostrare la propria rieducazione e riabilitazione.

Infine, è importante coinvolgere la società civile e le organizzazioni non governative nella promozione della rieducazione e del reinserimento sociale dei detenuti, al fine di rompere il circolo vizioso della criminalità e favorire una cultura di accoglienza e inclusione.

In definitiva, la conciliazione dei regimi carcerari differenziati con la rieducazione richiede un approccio olistico e orientato al rispetto dei diritti umani, che tenga conto delle specificità di ciascun detenuto e miri a garantire una vera opportunità di rieducazione e riabilitazione, anche per coloro che scontano pene lunghe o indeterminate. Solo così sarà possibile trasformare le carceri da luoghi di punizione a spazi di trasformazione e inclusione sociale.

2. L'evoluzione storica del carcere duro

Nel diritto penale moderno, un primo esempio di “carcere di massima sicurezza” può essere individuato nel regime introdotto dai Quaccheri, intorno al 1820, su base teocratica, come soluzione punitiva alternativa alle cruente pene corporali e capitali²⁰⁸.

Muovendo dal presupposto della piena identificazione del crimine nel peccato, il “regime speciale” dei Quaccheri si basava sul rigido isolamento del detenuto rispetto agli altri reclusi e all'esterno, quale mezzo idoneo a stimolare nel soggetto una riflessione sui suoi comportamenti “diabolici”.

Questo regime venne, però, abbandonato dopo pochi anni anche perché inserito in un contesto caratterizzato da un forte movimento di riforma del diritto penale e da un mutamento della filosofia della pena, che hanno investito anche l'aspetto architettonico delle prigioni.

²⁰⁸ Cfr. DELLA BELLA A., *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex Art. 41 bis o.p.*, Milano, 2016, p. 19 ss.

In Italia, l'origine del carcere di massima sicurezza può essere individuata nella stessa riforma penitenziaria del 1975. Infatti, la l. 26 luglio 1975, n. 354 (ord. penit.), sebbene fortemente orientata verso la rieducazione del reo e profondamente intrisa dell'ideologia del trattamento promossa dalla dottrina della Nuova difesa sociale e dalla criminologia clinica, attribuiva - all'art. 90 - la facoltà al Ministro della giustizia di sospendere le regole del trattamento penitenziario nel caso in cui vi fossero straordinarie esigenze di sicurezza da salvaguardare²⁰⁹.

Tale norma trae origine da quel clima di allarme sociale connesso alla nascita del fenomeno terroristico ed eversivo dell'ordinamento, forma degenerativa del conflitto sociale, nato alla fine degli anni Sessanta, e dalla situazione critica delle carceri italiane, scosse da episodi di rivolta anche cruenti e da evasioni²¹⁰.

Nella seconda metà degli anni Settanta, la legislazione di emergenza contro il terrorismo richiese, infatti, un rapido adeguamento del sistema penitenziario alle esigenze repressive del momento. I primi reparti di "massima sicurezza" vennero così istituiti, con decreto interministeriale del 4 maggio 1977, per ospitare alcune centinaia di detenuti "politici", nell'ambito di una strategia volta a perseguire il duplice obiettivo «di isolare ermeticamente l'internato e di incidere, contemporaneamente, sui livelli di vivibilità dello spazio detentivo, al fine di lavorare ad una graduale frantumazione dell'identità politica dei singoli soggetti»²¹¹.

Il regime si contraddistinse, pertanto, per un significativo peggioramento delle condizioni detentive a causa dell'isolamento totale tra i detenuti e della graduale diminuzione delle condizioni materiali di vita, come la riduzione delle ore di tempo libero, la limitazione della possibilità di ricevere pacchi e di acquistare generi alimentari. Inoltre, furono attuate la censura della corrispondenza e l'impedimento di accedere ai mezzi di comunicazione di massa, ma soprattutto furono limitati i

²⁰⁹ MARTUFI A., *Il "carcere duro" tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*. Nota a C. Cost. 12 ottobre 2018, n. 186; Corte eur. Dir. Uomo sez. I 25 ottobre 2018 (Provenzano c. Italia), in *Diritto penale e processo*, 2, 2019, pp. 259-269

²¹⁰ Ivi, p. 25.

²¹¹ VERDE S., *Massima sicurezza. Dal carcere speciale allo Stato penale*, Roma, 2002, p. 66.

contatti con la famiglia attraverso una disciplina molto rigida per le telefonate e i colloqui²¹².

Le visite dei familiari ai detenuti erano soggette a perquisizioni invadenti e potevano avvenire soltanto in stanze munite di vetri divisorii e citofoni, che impedivano qualsiasi tipo di contatto fisico tra il detenuto e i suoi congiunti. La pratica del carcere duro divenne un efficace strumento del sistema carcerario governativo, rappresentando un modo tangibile e visibile di peggiorare le condizioni detentive, grazie al potere discrezionale dell'amministrazione penitenziaria. Questo regime si basava sulla segregazione e sulla neutralizzazione del detenuto, esercitando una forte pressione psicologica su di lui per costringerlo a rompere con il passato e a collaborare con la giustizia²¹³.

Negli anni '80, tra i detenuti politici, emerse il fenomeno del pentitismo e vennero introdotte le prime leggi volte a favorire la collaborazione con la giustizia. Il regime del "carcere duro" fu temporaneamente abolito con la legge del 10 ottobre 1986, n. 663, che sostituì l'articolo 90 dell'ordinamento penitenziario con l'articolo 41-bis. Questa nuova norma, apparentemente simile alla precedente per contenuto ed effetti, ha avuto un impatto molto limitato e residuale all'interno del sistema, funzionando solo in circostanze eccezionali.

Pare evidente, in conclusione, che l'evoluzione storica del carcere duro in Italia è strettamente legata alla lotta contro la criminalità organizzata, in particolare contro la mafia. Nel corso degli anni, il legislatore italiano ha adottato diverse misure per affrontare il fenomeno della criminalità organizzata e garantire una maggiore sicurezza sociale. Queste misure hanno incluso la creazione di regimi carcerari differenziati, come il carcere duro, per i detenuti considerati particolarmente pericolosi o appartenenti a organizzazioni criminali.

Quando il carcere duro fu introdotto per la prima volta per i membri della mafia siciliana, l'obiettivo era prevenire la comunicazione con l'esterno e ostacolare la

²¹² Cfr. KALIKA E., *Note dal regime detentivo speciale: il carcere duro e la realtà del 41 bis*, in *Antigone*, 2, 2017, pp. 85-108

²¹³ VERDE S., *Massima sicurezza. Dal carcere speciale allo Stato penale*, cit., p. 68.

loro capacità di continuare a gestire le attività criminali anche dal carcere. Questo regime carcerario prevedeva restrizioni severe, come il divieto di visite e la limitazione delle attività sociali, al fine di isolare completamente i detenuti mafiosi. Tuttavia, nel corso del tempo, sono emerse critiche riguardo all'efficacia del carcere duro nella lotta contro la mafia e riguardo alla sua compatibilità con i principi di rieducazione e riabilitazione. Molti hanno sostenuto che il carcere duro non favorisca la rieducazione dei detenuti e che possa addirittura contribuire a inasprire il loro atteggiamento criminale.

Tuttavia, va sottolineato che la questione della rieducazione dei detenuti mafiosi rimane ancora oggi oggetto di dibattito e sfida per il sistema penitenziario italiano. La complessità del fenomeno della criminalità organizzata richiede approcci diversificati e costanti sforzi per sviluppare strategie efficaci per contrastarla e, allo stesso tempo, favorire la rieducazione e il reinserimento sociale dei detenuti coinvolti.

3. Carcere di massima sicurezza e legislazione antimafia

Il regime di massima sicurezza venne, di fatto, ripristinato nell'estate del 1992 ad opera della l. 8 agosto 1992, n. 356, che ha introdotto il comma 2 dell'art. 41-bis, specificamente destinato ad arginare la criminalità organizzata, resasi responsabile di atti criminosi che hanno scosso le istituzioni dello Stato e l'opinione pubblica.

Infatti, già nei primi anni Novanta le associazioni mafiose avevano completato un processo di trasformazione al loro interno verso modelli operativi e organizzativi più rispondenti alle esigenze di globalizzazione del crimine, in seno ai quali cominciava a farsi largo anche un orientamento criminale di tipo stragista.

Nel corso degli anni la norma in esame ha subito varie modifiche fino alla recente l. 23 dicembre 2002, n. 279, la quale, oltre ad attribuire carattere stabile al regime differenziato - precedentemente fondato su disposizioni di natura eccezionale, con efficacia limitata nel tempo - ne ha descritto puntualmente i limiti ed i contenuti, estendendone l'applicabilità anche ai soggetti appartenenti alle organizzazioni

terroristiche o eversive dell'ordinamento democratico, in concomitanza con la recrudescenza del fenomeno terroristico che interessa l'attuale momento storico.

Nato per contrastare il fenomeno mafioso ed i sequestri di persona a scopo di estorsione, l'art. 4-bis è stato esteso alle forme di criminalità organizzata emergenti - vale a dire ai delitti di tratta, riduzione in schiavitù, commercio e compravendita di esseri umani e all'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi esteri - e, in ultimo, al terrorismo anche di matrice internazionale²¹⁴.

Il sistema delineato dà conto di un regime differenziato nell'accesso alle misure di decarcerizzazione, riservato prevalentemente agli esponenti della criminalità organizzata e teso, così come il rigido circuito di massima sicurezza, ad incentivare comportamenti di collaborazione con la giustizia e di distacco dalla sottocultura criminale di appartenenza²¹⁵.

La collaborazione con la giustizia non va, tuttavia, intesa come emenda del reo, vale a dire come redenzione morale o ravvedimento spirituale dell'individuo, ma come comportamento - anche meramente esteriore - idoneo a provocare una "frattura insanabile" con il passato e la rescissione dei legami criminosi e/o criminogeni ad esso pertinenti.

Invero, con l'introduzione degli artt. 4-bis e 41-bis ord. penit. si è inteso creare un vero e proprio "doppio binario" trattamentale: da una parte, i detenuti comuni sono sottoposti a una pena che ha una funzione preventiva speciale attraverso un trattamento penitenziario ed extrapenitenziario che mira alla loro riabilitazione. Dall'altra parte, per i detenuti che hanno commesso delitti di maggiore impatto sociale, è necessario rafforzare le esigenze di prevenzione generale e ridurre le finalità di prevenzione speciale, concentrandosi maggiormente sulla neutralizzazione dei detenuti. L'isolamento degli esponenti delle associazioni criminali terroristiche o mafiose è completato dalle norme che prevedono la

²¹⁴ BARTOLI R., *Il carcere come "extrema ratio": una proposta concreta. Relazione al Convegno "La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa", Ferrara, 14-15 aprile 2016*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2016, p. 4 ss.

²¹⁵ Cfr. DELLA BELLA A., *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex Art. 41 bis o.p.*, cit., p. 89 ss.

partecipazione a distanza alla fase dibattimentale del processo penale, mediante “videoconferenza”, da parte del detenuto in regime di sospensione ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. ed il c.d. “esame a distanza del testimone o del collaborante”²¹⁶.

4. I circuiti “Alta sicurezza” ed “Elevato indice di vigilanza”

Con circolare 21 aprile 1993, n. 3359/5809, successivamente integrata dalla circolare 9 luglio 1998, n. 3479/5929, sono stati istituiti tre circuiti penitenziari finalizzati alla distribuzione dei detenuti per categorie omogenee: il circuito di alta sicurezza (o di primo livello), destinato agli appartenenti alle associazioni criminali, nonché agli imputati ed ai condannati per sequestro di persona a scopo di estorsione; il circuito di sicurezza media (o di secondo livello), riservato ai soggetti che non rientrano negli altri due livelli; il circuito a custodia attenuata, destinato alle persone tossicodipendenti, a basso indice di pericolosità, per le quali vi siano i presupposti per un intervento trattamentale di tipo terapeutico e socio-riabilitativo²¹⁷.

Per quanto riguarda il circuito di primo livello, la motivazione alla base della differenziazione nella gestione dei detenuti si basa sulla pericolosità dei soggetti detenuti, che dipende dal tipo di reato commesso e dalla loro capacità di influenzare o intimidire gli altri detenuti. Inoltre, questi detenuti hanno in comune l'esclusione dalle misure alternative alla detenzione e dai benefici penitenziari²¹⁸.

Nella sostanza, il regime dell'alta sicurezza ha come destinatari i soggetti condannati o imputati per uno dei delitti indicati nel primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., ad eccezione di coloro che hanno commesso delitti con l'aggravante specifica consistente nell'avvalersi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p., ovvero nell'agire al fine di agevolare le associazioni contemplate dallo stesso art. 416-bis.

²¹⁶ Cfr. DELLA BELLA A., *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex Art. 41 bis o.p.*, cit., p. 91.

²¹⁷ BARTOLI R., *Il carcere come "extrema ratio": una proposta concreta. Relazione al Convegno "La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa"*, Ferrara, 14-15 aprile 2016, cit., p. 9.

²¹⁸ Cfr. DELLA BELLA A., *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex Art. 41 bis o.p.*, cit., p. 94.

Questi ultimi, infatti, vengono di regola destinati al circuito di media sicurezza sul presupposto che la contestazione o il riconoscimento della predetta circostanza aggravante esclude l'inserimento organico del soggetto nel gruppo criminale, con la conseguenza che un eventuale inserimento di tali detenuti nel circuito di primo livello comporterebbe inevitabilmente il pericolo di un consolidamento del rapporto - fino a quel momento non organico - tra detenuto e gruppo criminale organizzato. Nel circuito ad alta sicurezza possono, inoltre, essere ristretti quei detenuti che, pur non essendosi "macchiati" dei delitti contemplati nella prima parte dell'art. 4-bis, siano sospettati di mantenere un collegamento organico con gruppi della criminalità organizzata. I detenuti più pericolosi vengono, poi, trasferiti in istituti o sezioni ad alta sicurezza lontani dalle regioni di provenienza, in deroga al principio di "territorializzazione della pena" - consistente nel destinare i soggetti in strutture detentive prossime alla residenza delle famiglie - sancito dall'art. 42 comma 2 ord. penit., con l'inevitabile conseguenza di rendere più difficoltosi, se non impossibili, i colloqui con i familiari²¹⁹.

In linea di principio, il circuito di primo livello si distingue dal "regime del 41-bis", in quanto comporta - o, meglio, dovrebbe comportare - solamente maggiore sorveglianza e sicurezza, senza restrizioni dei diritti previsti dall'ordinamento penitenziario e delle regole del trattamento.

Ai tre circuiti istituiti nel 1993, se ne è aggiunto un quarto - individuato dalla circolare 9 luglio 1998, n. 3479/5929 - denominato "circuito ad elevato indice di vigilanza" (EIV). Esso è destinato ad ospitare soggetti che, pur non avendo titolo di reato per essere inseriti nel circuito ad alta sicurezza, presentino comunque una pericolosità talmente spiccata da far risultare inopportuno il loro inserimento nel circuito di media sicurezza, nonché detenuti appartenenti all'area della criminalità terroristica o eversiva, nazionale o internazionale. Si tratta, dunque, di un circuito destinato ai terroristi ed ai detenuti comuni più pericolosi caratterizzato da un

²¹⁹ Ivi, p. 96.

regime penitenziario pressoché identico a quello vigente nel circuito dell'alta sicurezza.

Circa i contenuti del regime di primo livello, le attività penitenziarie devono svolgersi esclusivamente all'interno della sezione, intesa come l'insieme della zona strettamente detentiva e di quella direttamente connessa, in modo da evitare contatti con detenuti appartenenti agli altri circuiti.

L'esigenza di evitare proselitismi, intimidazioni o sopraffazioni postula che la differenziazione di primo livello sia derogata solamente in caso di necessità e per momenti del tutto occasionali²²⁰.

Sebbene le disposizioni amministrative abbiano richiamato l'attenzione sulla necessità di assicurare ai detenuti ristretti nell'alta sicurezza tutti gli interventi trattamentali tesi a rendere possibile l'opera di rieducazione, tali interventi sono consentiti «nei limiti in cui vi sia rispetto e garanzia assoluti della sicurezza, dell'ordine e della disciplina»²²¹, mentre i colloqui e gli incontri con i membri dell'èquipe di osservazione del carcere - ossia l'educatore, l'assistente sociale e lo psicologo - sono ridotti all'essenziale²²².

Le direttive richiamate si sono, però, spesso tradotte in restrizioni - quali, ad esempio, la mancata osservazione personologica dei detenuti "differenziati", la mancata partecipazione alle rappresentanze dei detenuti previste dalla legge e l'impossibilità di accedere alla biblioteca del carcere - che, lungi dal configurare una mera separazione fisica dei detenuti più pericolosi dagli altri, incidono sensibilmente su posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento penitenziario in egual modo a tutti i detenuti come il diritto al trattamento rieducativo e il diritto all'istruzione. In proposito, è opportuno richiamare la sentenza della Corte

²²⁰ Cfr. DELLA BELLA A., *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex Art. 41 bis o.p.*, cit., p. 98.

²²¹ Circolare D.A.P. 21 aprile 1993, n. 3359/5809, p. 11.

²²² MANCONI L., STEFANO A., CALDERONE V., *Abolire il "carcere duro". Legittimità e limiti del 41-bis alla luce della sua applicazione*, in *Criminalia*, 2016, p. 263 ss.

costituzionale 26 novembre 1997, n. 376, secondo cui non è possibile comprimere ogni diritto dei detenuti²²³.

In verità, l'amministrazione penitenziaria ha tentato di conformarsi alle statuizioni dei giudici costituzionali dotando, ove possibile, le sezioni ad alta sicurezza delle attrezzature e degli spazi per gli interventi di trattamento e per le attività in comune e regolamentando l'accesso dei "detenuti differenziati" alle strutture comuni del carcere (ad es. campo sportivo)²²⁴.

L'isolamento di tali soggetti rimane, tuttavia, totale ed il trattamento penitenziario risente tuttora di pesanti limitazioni. Per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità, appare interessante l'orientamento della magistratura di sorveglianza²²⁵ secondo il quale la previsione del circuito ad elevato indice di vigilanza trova fondamento negli artt. 13 e 14 ord. penit. e negli artt. 31 e 32 d.P.R. n. 230 del 2000 che riconoscono all'amministrazione penitenziaria il potere di istituire circuiti penitenziari differenziati.

L'inserimento nel circuito EIV non preclude l'accesso ai benefici penitenziari extramurari e non dovrebbe limitare l'attività di sorveglianza, poiché lo scopo principale di questa assegnazione è solo quello di separare fisicamente questi detenuti dal resto della popolazione carceraria, senza altri pregiudizi.

In sostanza, il regime di massima sicurezza, così come venutosi a configurare in ragione dei vari interventi legislativi e regolamentari succedutisi nel tempo e dei provvedimenti assunti dall'amministrazione penitenziaria, si caratterizza per una maggiore rigidità delle norme che disciplinano la vita quotidiana e per un'assoluta prevalenza delle ragioni della custodia, perseguendo un triplice obiettivo: tenere lontani dai detenuti "comuni" i vertici e i quadri intermedi del crimine organizzato, evitando così che figure criminali forti, raggiunte da pesanti sanzioni

²²³ Cfr. DELLA BELLA A., *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex Art. 41 bis o.p.*, cit., p. 101.

²²⁴ DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*. Relazione al Convegno "1975-2015: 40 anni di Ordinamento penitenziario dalla cattedra di Vittorio Grevi", Pavia, 3-4 dicembre 2015, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2015, p. 1655 ss.

²²⁵ Mag. sorv. Pavia, decreto n. 19 del 2000, in *Rass. penit. e criminol.*, 2000, p. 274.

discriminatorie, possano conquistare la direzione politica del grande serbatoio di manodopera criminale disponibile nel carcere; avere maggiori livelli di controllo e di sorveglianza sulla fascia dei detenuti non più governabile attraverso il meccanismo premiale dello scambio pena/comportamento (benefici penitenziari/comportamento); tenere sotto pressione un'area della detenzione dotata di un alto patrimonio informativo, potenzialmente disponibile alla delazione.

5. Il carcere duro di cui all'art. 41-bis

L'introduzione dell'art. 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario, c.d. carcere duro, costituisce probabilmente l'epilogo della stagione normativa diretta a reprimere la mafia. Infatti, con particolare riguardo alla condizione carceraria ed al trattamento penitenziario dei mafiosi, la legge 10 ottobre 1986, n. 663, c.d. legge Gozzini, ha introdotto l'art. 41, avente ad oggetto il carcere duro, riguardante, inizialmente, solo le situazioni di rivolta oppure altre gravi situazioni emergenziali verificatesi all'interno delle carceri²²⁶.

A seguito della strage di Capaci, drammatico episodio di cronaca nel quale perse la vita il giudice antimafia Giovanni Falcone, oltre che sua moglie e la sua scorta, il legislatore decise di intervenire nuovamente con la legge 7 agosto 1992, n. 356, attraverso la quale introdusse l'art. 41-*bis* per reagire alla totale incapacità, della pena detentiva ordinaria, nella sua concreta esecuzione, di reprimere la pericolosità di detenuti che, in considerazione degli stretti legami con l'associazione criminale di appartenenza, anche in carcere continuavano senza problemi ad impartire ordini e direttive agli altri esponenti dell'associazione in libertà, esercitando dunque ancora un penetrante comando dell'organizzazione²²⁷. Inizialmente, l'art. 41-*bis* si

²²⁶ Cfr. FIORIO C., *Il doppio binario penitenziario*, cit., p. 2: «Icona dell'emergenza penitenziaria degli anni Novanta del secolo passato, l'art. 4-bis ord. penit. continua a rappresentare lo strumento privilegiato per una differenziazione esecutiva fondata sul titolo di reato, riproponendo risalenti e discutibili concezioni soggettivistiche del diritto penale, esasperate, in modo particolare, dalla reintroduzione di arcaici automatismi sanzionatori, che privano il giudice della discrezionalità necessaria a graduare individualmente la pena».

²²⁷ DELLA BELLA A., *Carcere duro (art. 41 bis)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2008.

configurava come una misura di carattere emergenziale, che doveva avere dunque solo carattere temporaneo²²⁸. La grande capacità dissuasiva della norma, tuttavia, ha progressivamente convinto il legislatore a procedere sulla strada del carcere duro.

Pertanto, parte della dottrina ha osservato che, nella sua versione originaria, la disposizione era chiaramente illiberale: il potere di emanare i decreti di applicazione o di proroga della misura, infatti, era attribuito (come invero ancora oggi) al Ministro della giustizia, cosa da permettere di intervenire in maniera tempestiva²²⁹. Il carattere emergenziale della misura era acuito da un evidente deficit di tassatività, sia sotto il profilo dei presupposti di applicazione, sia riguardo la durata ed il contenuto. C'era dunque grande discrezionalità nell'applicazione della misura, e il detenuto non aveva nemmeno la possibilità di una tutela giurisdizionale nei confronti del provvedimento amministrativo²³⁰.

I caratteri del tutto illiberali ed incostituzionali della misura sono stati travolti dalla giurisprudenza costituzionale tra la fine del Novecento e l'inizio del secolo in corso: la Corte, dunque, ha profondamente smussato l'istituto, rendendolo più compatibile con la Costituzione.

Obiettivo della norma è quello di impedire i collegamenti dei detenuti con l'esterno, onde evitare che questi possano continuare a mantenere la loro posizione criminale seppure dall'interno delle carceri. Essa riguarda sia i condannati in via definitiva che quelli in attesa di giudizio, e ha ad oggetto, nello specifico, i reati di "mafia".

Due sono i presupposti, uno di tipo oggettivo ed uno di tipo soggettivo. Quanto al profilo oggettivo, l'art. 41-*bis* si applica ai detenuti o agli internati «per taluno dei delitti di cui al primo periodo comma 1 dell'art. 4-*bis* o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso». Quanto a quello soggettivo, è necessario che

²²⁸ Cfr. AMARELLI G., *La continuità politico-mafiosa*, Milano, 2017, p. 83 ss., secondo cui l'abolizione dell'art. 41-bis era una delle richieste della mafia nel corso della nota trattativa con lo Stato, come emerso dal papello consegnato da Massimo Ciancimino alla magistratura il 19 ottobre 2009.

²²⁹ Cfr. BARGI A., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 52 ss.

²³⁰ DELLA BELLA A., *Carcere duro (art. 41 bis)*, cit.

sussistano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica ed eversiva²³¹.

Con particolare riguardo al contenuto, vi sono numerose limitazioni, nella corrispondenza, nei colloqui e nelle telefonate, anche con i familiari. Il controllo è molto penetrante ed incisivo, perché nei casi più gravi i colloqui vengono ascoltati ed addirittura videoregistrati. In generale, emerge una volontà dello Stato di annientare l'io individuale, in nome della necessità di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica.

Un regime penitenziario così repressivo, eccessivamente sbilanciato sul piano della repressione, contrassegnato da presunzioni legali che, sostanzialmente, svilivano di significato l'art. 27 Cost. eliminando in radice qualunque possibilità di rieducazione, non poteva sottrarsi alla scure della Corte costituzionale, chiamata in più occasioni ad intervenire per riportare ad equità e ragionevolezza il sistema carcerario, pur senza rinnegare mai il principio del doppio binario²³².

La prima significativa pronuncia in tal senso è la n. 306/1993²³³ con la quale la Consulta sottolineò che la legislazione del 1992, in particolare quella successiva

²³¹ Cfr. BARGIA A., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., p. 63 s.

²³² Per una ricognizione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia si v. MAFFEO V., *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, cit., p. 248 ss.

²³³ Cfr. Corte Cost., 7 agosto 1993, n. 306, in *giurcost.org*. Nell'occasione la Consulta sostenne che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè - nei limiti della ragionevolezza - far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata. Per un verso, infatti, il perseguimento della finalità rieducativa - che la norma costituzionale addita come tendenziale sol perché prende atto "della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione" - non può condurre a superare "la durata dell'afflittività insita nella pena detentiva determinata nella sentenza di condanna". Per altro verso, 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": tant'è che questa Corte ha dedotto dal precetto dell'art. 27, terzo comma, Cost. che l'incentivo ad un'attiva partecipazione all'opera di rieducazione costituito dalla concedibilità della liberazione anticipata non può essere precluso neanche nei confronti dei condannati all'ergastolo. In questo quadro appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia».

alle stragi in Sicilia, era chiaramente ispirata da un obiettivo di prevenzione generale e sicurezza collettiva.

In particolare, i giudici costituzionali sostennero che la scelta del legislatore di vietare l'accesso alle misure alternative ai condannati per reati gravi ha sicuramente ridotto e compresso in maniera significativa la funzione rieducativa della pena. In particolare, i giudici hanno criticato la scelta del legislatore di aver inserito, tra i diversi reati che precludono l'accesso alle misure alternative, alcuni per i quali non appare affatto ragionevole e coerente la scelta alla luce dei principi di proporzione ed individualizzazione della pena.

Preoccupante, poi, secondo i giudici costituzionali, è la tendenza a creare dei veri e propri "tipi d'autore", ai quali è preclusa qualunque possibilità di rieducazione.

Allo stesso modo, la Corte ha mostrato perplessità in merito alla scelta di non concedere benefici ai collaboratori di giustizia che a causa di motivi del tutto indipendenti dalla loro volontà non possono collaborare o comunque a tutti quei soggetti la cui rottura con le organizzazioni criminali di appartenenza sia del tutto evidente e dimostrata²³⁴.

In secondo luogo, i giudici si soffermarono sul nuovo istituto dei collaboratori di giustizia, sottolineando che l'epicentro dell'intervento del legislatore non risiede nel contributo alle indagini fornito dalla collaborazione, ma nel fatto che la scelta di collaborare è l'unica che esprime con certezza la volontà di pentirsi e di cominciare un percorso di rieducazione: in altri termini, si tratta di una scelta che assume grande rilevanza anche dal punto di vista penitenziario. Sotto questo profilo,

²³⁴ Corte Cost., 7 agosto 1993, n. 306, cit. «la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita. Inoltre, non può non destare serie perplessità, pur in una strategia di incentivazione della collaborazione, la vanificazione dei programmi e percorsi rieducativi (in atto magari da lungo tempo) che sarebbe conseguita alla drastica impostazione del decreto-legge, particolarmente nei confronti di soggetti la cui collaborazione sia incolpevolmente impossibile o priva di risultati utili e, comunque, per i soggetti per i quali la rottura con le organizzazioni criminali sia adeguatamente dimostrata»

però, i giudici non mancarono di osservare con grande lucidità che «la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione»²³⁵.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte costituzionale dichiarò illegittime quelle previsioni che attribuivano anche alla collaborazione irrilevante o impossibile l'effetto di precludere l'accesso alle misure rieducative, perché, così facendo, era stato delineato un meccanismo irragionevole, che introduceva una presunzione legale illegittima del tutto incompatibile con il finalismo rieducativo previsto dall'art. 27 Cost.²³⁶

Per tale ragione, la Consulta ritenne inopportuno negare i benefici premiali e le misure rieducative in generale in tali circostanze, purché il soggetto avesse occupato un ruolo marginale nell'organizzazione, in quanto, in caso di soggetti che avevano un ruolo apicale, era del tutto inimmaginabile l'impossibilità di collaborare con la giustizia²³⁷.

La Corte costituzionale, dunque, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, secondo comma, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), convertito con la legge 7 agosto 1992, n. 356, nella parte in cui prevedeva che la revoca delle misure alternative alla detenzione fosse disposta, per i condannati per i delitti indicati nel primo periodo del primo comma che non si trovano nella condizione per l'applicazione dell'art.58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, anche quando non fosse stata effettivamente accertata la sussistenza di collegamenti attuali dei medesimi con la criminalità organizzata.

²³⁵ Corte Cost., 7 agosto 1993, n. 306, cit.

²³⁶ Cfr. MAFFEO V., *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, cit., p. 248.

²³⁷ Cfr. CARACENI L., *Tanto tuonò che piovve: incostituzionali gli automatismi ostativi alla concessione delle misure penali di comunità per i condannati minorenni. I riflessi di Corte cost.*, 6 dicembre 2019, n. 263 sull'assetto complessivo del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121. Nota a sent. C. Cost. 6 dicembre 2019 n. 263, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2020, p. 237 ss.

L'anno successivo ci fu una nuova importante sentenza della Corte costituzionale, n. 357 del 1994²³⁸, secondo cui i benefici premiali in chiave rieducativa non potevano essere negati in caso di collaborazione impossibile. Rileva, ancora, la sentenza n. 68 del 1995.

Sul contenuto di tali pronunce, ci si soffermerà in maniera dettagliata quando sarà trattato il tema dei benefici penitenziari, ma quello che preme mostrare, in questa sede, è il fatto che la Corte costituzionale stava progressivamente procedendo ad una vera e propria opera di sgretolamento delle scelte repressive del legislatore, colpendo soprattutto l'istituto dei collaboratori di giustizia, in virtù del carattere del tutto irragionevole. Queste pronunce hanno indotto il legislatore in più occasioni ad intervenire sulle lacune determinate dalle numerose sentenze di incostituzionalità. In particolare, nel secolo in corso si sono succeduti diversi interventi normativi, che, invero, non hanno alterato in maniera significativa la struttura dell'art. 4-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario²³⁹, di cui si tratterà in seguito.

²³⁸ Cfr. Corte Cost., 27 luglio 1994, n. 357, in *giurcost.org*, secondo cui «partendo dal dato del minimo contributo causale rispetto al fatto-reato, altro è valutare, in sede di cognizione, se l'imputato sia meritevole, anche sotto il profilo soggettivo, di una diminuzione di pena, altro è stabilire, nel quadro delle finalità della esecuzione penale, se, obiettivamente, al condannato non sia possibile offrire una collaborazione che superi la soglia della irrilevanza. Ma, più in generale, deve ritenersi che una collaborazione rilevante a termini dell'art. 58-ter ord. penit. possa essere resa impossibile da una partecipazione al fatto secondaria, o comunque limitata, ma non tale da corrispondere a quella ("minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato") considerata dall'art. 114 cod. pen.. Giova al riguardo sottolineare che, stando alla giurisprudenza (che ha fatto una applicazione molto restrittiva della fattispecie in esame), non basta ai fini del riconoscimento di tale attenuante la "minore" efficienza causale dell'attività di un concorrente rispetto a quella degli altri, occorrendo invece una "minima" efficienza causale, tale da configurare l'apporto del concorrente come sostanzialmente trascurabile nel quadro dell'economia generale del reato. Se, dunque, la ratio della non preclusività della collaborazione irrilevante si collega tra l'altro alla marginalità della partecipazione del soggetto nel contesto del sodalizio criminoso, tale appunto da non rendere concretamente possibile una condotta collaborativa significativa, consegue che la norma impugnata irragionevolmente discrimina, ai fini dell'ammissione ai benefici penitenziari, il condannato che, per il suo limitato patrimonio di conoscenze di fatti o persone, al di là dei casi di applicazione degli artt. 62, n. 6, 114 e 116, secondo comma, cod. pen., non sia in grado di prestare un'utile collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. Resta fermo che, trattandosi di apprezzamento che attiene all'accertamento della responsabilità definita con la sentenza di condanna, è solo a questa che occorre fare riferimento per valutare se ricorrano le condizioni sopra indicate, essendo inevitabilmente preclusa, per l'intangibilità del giudicato, ogni diversa valutazione degli organi che presiedono alla fase esecutiva».

²³⁹ Cfr., in particolare, il d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con legge 19 gennaio 2001, n. 4; la legge 19 marzo 2001, n. 92; la legge 30 luglio 2002, n. 189, tutti provvedimenti che hanno ampliato il novero dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari. Si v., poi, anche la

Il legislatore ha recepito le indicazioni della Corte costituzionale, introducendo il riferimento alla collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante, senza abbandonare la strada del doppio binario che costituisce un elemento imprescindibile a tutela della sicurezza collettiva e mai messo in discussione dalla Consulta, la quale ha sempre considerato le esigenze di repressione non illegittime se bilanciate con quelle rieducative, senza che l'una possa prendere il totale sopravvento sull'altra.

Buona parte della dottrina ha sostenuto la necessità di una riforma della norma²⁴⁰. In particolare, occorrerebbe abbandonare l'idea, fuorviante, secondo cui il 41-*bis* è solamente una particolare modalità di esecuzione della pena detentiva e sarebbe piuttosto opportuno guardare a questa misura come ad una vera e propria pena: una sanzione autonoma, che realizza un sacrificio ulteriore della libertà e dei diritti fondamentali del detenuto, e che deve essere pertanto circondata da tutte le garanzie proprie delle altre pene.

In questo senso, «*de iure condendo*, si impone una rilettura del regime detentivo speciale alla luce dei principi penalistici (da quello di legalità, a quello dell'irretroattività, della giurisdizionalizzazione ed anche di proporzione), così da farne una sanzione che sia espressione di un bilanciamento ragionevole tra le esigenze di prevenzione e la tutela dei diritti fondamentali della persona»²⁴¹.

legge 23 dicembre 2002, n. 279, con la quale il legislatore non solo intervenne sull'elenco dei reati ostativi, ma recepì anche le indicazioni della Corte costituzionale in materia di collaborazione impossibile. Cfr., ancora, la legge 6 febbraio 2006, n. 38, con la quale il legislatore ha nuovamente modificato l'elenco dei reati ostativi; il d.l. 23 marzo 2009, n. 11, convertito con legge 23 aprile 2009, n. 38, che ha modificato la struttura dell'art. 4-*bis*, inserendo tra i reati ostativi della prima fascia anche reati in precedenza collocati nella seconda fascia, nell'ottica di una progressiva repressione della criminalità organizzata. Cfr., infine, la legge 15 luglio 2009, n. 94, e la legge 23 luglio 2009, n. 99, che hanno apportato ulteriori modifiche al catalogo di reati, nonché la legge 1° ottobre 2012, n. 172, che, in esecuzione della Convenzione di Lanzarote a tutela dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale ha arricchito ancora il catalogo di reati ostativi alla concessione di benefici penitenziari aggiungendovi reati sessuali a danno di minorenni.

²⁴⁰A. DELLA BELLA, *Carcere duro (art. 41 bis)*, cit., secondo cui una volta riconosciuta «la serietà delle esigenze di prevenzione speciale che stanno alla base del regime detentivo speciale e toccato con mano, d'altro canto, il carico afflittivo che esso comporta, occorre riflettere su di una possibile rifondazione di questa misura, nella convinzione che essa resti un indispensabile strumento di difesa sociale da conservare nell'ordinamento, entro il quadro però dei principi posti dalla Costituzione e dalle convenzioni internazionali dei diritti dell'uomo»

²⁴¹DELLA BELLA A., *Carcere duro (art. 41 bis)*, cit.

6. Il regime di sorveglianza particolare ex art. 14-bis dell'ordinamento penitenziario: tra pericolosità sociale e pericolosità penitenziaria

Gli artt. 14-*bis*, 14-*ter* e 14-*quater* dell'ordinamento penitenziario disciplinano il c.d. regime di sorveglianza particolare. Tale regime prevede una serie di restrizioni al trattamento ed ai diritti dei detenuti che vengono considerati pericolosi per la sicurezza penitenziaria. In particolare, l'art. 14-*bis*²⁴² stabilisce che possono essere assoggettati ad un regime di sorveglianza particolare, per un periodo massimo di sei mesi, prorogabile più volte, ma ogni volta per un periodo non superiore a tre mesi, quei detenuti che, a causa del loro comportamento, compromettono la sicurezza degli istituti penitenziari, nonché quelli che con violenza e intimidazioni ostacolo gli altri detenuti nell'esercizio delle loro attività, infine quelli che aggrediscono gli altri detenuti.

Inoltre, è possibile che i detenuti, sin dal loro ingresso in carcere, vengano assoggettati ad un regime di sorveglianza particolare laddove già in precedenza, avendo conosciuto il carcere, abbiano avuto i comportamenti inappropriati di cui sopra. La legge Gozzini ha collocato tale disposizione nell'ambito delle modalità di

²⁴² Secondo il quale: «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 la 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. 2. Il regime di cui al precedente comma 1 è disposto con provvedimento motivato dell'amministrazione penitenziaria previo parere del consiglio di disciplina, integrato da due degli esperti previsti dal quarto comma dell'articolo 80. 3. Nei confronti degli imputati il regime di sorveglianza particolare è disposto sentita anche l'autorità giudiziaria che procede. 4. In caso di necessità ed urgenza l'amministrazione può disporre in via provvisoria la sorveglianza particolare prima dei pareri prescritti, che comunque devono essere acquisiti entro dieci giorni dalla data del provvedimento. Scaduto tale termine l'amministrazione, acquisiti i pareri prescritti, decide in via definitiva entro dieci giorni decorsi i quali, senza che sia intervenuta la decisione, il provvedimento provvisorio decade. 5. Possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare, fin dal momento del loro ingresso in istituto, i condannati, gli internati e gli imputati, sulla base di precedenti comportamenti penitenziari o di altri concreti comportamenti tenuti, indipendentemente dalla natura dell'imputazione, nello stato di libertà. L'autorità giudiziaria segnala gli eventuali elementi a sua conoscenza all'amministrazione penitenziaria che decide sull'adozione dei provvedimenti di sua competenza. 6. Il provvedimento che dispone il regime di cui al presente articolo è comunicato immediatamente al magistrato di sorveglianza ai fini dell'esercizio del suo potere di vigilanza».

trattamento, in quanto il regime di sorveglianza particolare è un regime individualizzato in ragione della personalità del soggetto e della sua pericolosità²⁴³. La scelta di collocare la disposizione tra le modalità di trattamento indica che il regime di sorveglianza speciale non configura una sanzione, ma un trattamento individualizzato di carattere preventivo volto a garantire l'ordine e la sicurezza all'interno della struttura carceraria.

Il legislatore, con la modifica del 1986, ha deciso di fissare in maniera più precisa i presupposti oggettivi del regime penitenziario di sorveglianza particolare, anche in considerazione del fatto che il soggetto competente all'emanazione dei provvedimenti è l'amministrazione penitenziaria ed il provvedimento è soggetto ad impugnazione giurisprudenziale²⁴⁴.

Due sono le ipotesi previste con riguardo ai presupposti applicativi del regime di sorveglianza: quella ordinaria, prevista dal comma 1 dell'art. 14-*bis*, fa riferimento alle ipotesi in cui il soggetto passa dal regime penitenziario ordinario a quello speciale all'interno dello stesso istituto; quella speciale, invece, prevista dal comma 5, che fa riferimento alla diversa ipotesi in cui il soggetto proviene da un diverso istituto o dalla libertà.

Il soggetto, per essere destinatario della misura, deve comportarsi in maniera continuativa in uno dei modi (aggressivi o violenti) delineati dal legislatore: non è sufficiente, dunque, che si verifichino episodi isolati. Quello che rileva, infatti, è che il soggetto si comporti stabilmente in modo tale da sconvolgere il regolare svolgimento della vita carceraria, ostacolando le attività degli altri carcerati e creando problemi, anche con attività di istigazione o sobillazione nell'istituto.

Si tratta di un'impostazione coerente con la *ratio* della norma, che non intende punire un comportamento singolo (in tal caso, infatti, è possibile intervenire con le

²⁴³ Cfr. LA GRECA G., *Nuove disposizioni sul regime dell'art. 41-bis ord. pen. – commento*, in *Diritto penale e processo*, 6, 1998, p. 780 ss.

²⁴⁴ Cfr. CESARIS L., *Quali garanzie per il garante dei detenuti? Nota a ord. Trib. Sorveglianza Perugia 27 ottobre 2015*, in *Archivio penale*, 2, 2016, p. 564 ss.

sanzioni disciplinari ordinarie), ma un modo di vivere il carcere incompatibile con il regolare svolgimento della vita carceraria²⁴⁵.

L'indeterminatezza della disposizione legislativa rischia di minare in radice la *ratio* della disposizione, in quanto il rischio, piuttosto concreto, è quello che la misura venga applicata in maniera indiscriminata, come sostitutiva delle ordinarie misure disciplinari, quando in realtà dovrebbe essere a tutti gli effetti un regime eccezionale.

Ciò è evidente soprattutto nelle ipotesi di cui alla lett. a), che prevede la possibilità di disporre la misura nei confronti di coloro che con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti. I comportamenti descritti alla lettera b) dell'articolo 14-*bis*, invece, sono molto più determinati, in quanto il legislatore prevede la possibilità di disporre la misura nei confronti di coloro che con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati²⁴⁶.

L'ipotesi prevista, infine, dalla lettera c), fa riferimento a quei comportamenti dei soggetti che “nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti”. Si tratta di un profilo psicologico che non è semplice accertare, ma è chiaro che nella prassi è stato molto utilizzato per punire proprio gli esponenti di spicco della criminalità organizzata capaci di esercitare la loro influenza anche all'interno della struttura carceraria, soggiogando gli altri detenuti.

Secondo l'interpretazione della giurisprudenza, per questa condizione di soggezione «il legislatore richiede la sussistenza di questa situazione, e non sono sufficienti generiche affermazioni di pericolosità fondate sui reati dei quali il detenuto è stato riconosciuto colpevole o per i quali si procede nei suoi confronti, che sono relativi a una più completa comprensione della pericolosità, e non possono

²⁴⁵Cfr. LA GRECA G., *Nuove disposizioni sul regime dell'art. 41-bis ord. pen. – commento*, cit., p. 782 ss.

²⁴⁶ Cfr. LA GRECA G., *L'applicazione dell'art. 41-bis sotto costante verifica*, in *Diritto penale e processo*, 6, 1997, p. 754 ss.

assumere rilevanza decisiva ai fini dell'adozione del regime di sorveglianza particolare»²⁴⁷.

Altra giurisprudenza, tuttavia, ha introdotto il concetto di “pericolosità penitenziaria”²⁴⁸, espressione con la quale ha identificato la condotta del detenuto collegata ad una valutazione dei suoi comportamenti capaci di pregiudicare l'ordine e la sicurezza all'interno della struttura carceraria, ma non solo, trattandosi di atteggiamenti che fanno riferimento anche al percorso criminale del detenuto, avuto riguardo alle precedenti carcerazioni.

Secondo la Cassazione, comunque, non è sufficiente una mera pregressa pericolosità penitenziaria, ma occorre sia attuale.

Rileva, infine, anche il comma 5 dell'art. 14-*bis*, secondo cui «possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare, fin dal momento del loro ingresso in istituto, i condannati, gli internati e gli imputati, sulla base di precedenti comportamenti penitenziari o di altri concreti comportamenti tenuti, indipendentemente dalla natura dell'imputazione, nello stato di libertà». Anche tale disposizione, invero, pare eccessivamente indeterminata in quanto non fa alcun riferimento a comportamenti tenuti durante lo stato di detenzione, ma a condotte tenute precedentemente in altri contesti carcerari oppure in stato di libertà, anche non collegati all'imputazione oggetto di giudizio.

Ne deriva che l'amministrazione penitenziaria gode di una eccessiva discrezionalità nell'applicazione della misura, come in effetti è avvenuto nella prassi applicativa, per effetto della quale tutti i soggetti considerati pericolosi sono stati soggetti ad un regime di sorveglianza particolare. Ciò ha prodotto una progressiva frustrazione della *ratio* normativa: per essere destinatari del provvedimento, infatti, era sufficiente aver commesso un determinato reato dal quale si evidenzi una spiccata tendenza criminale del colpevole.

Solo grazie alla giurisprudenza dei Tribunali di sorveglianza questa prassi è stata in parte ridimensionata, in quanto la giurisprudenza ha progressivamente sanzionato

²⁴⁷Cass. pen., 17 luglio 2009, n. 5664, in www.dejure.it

²⁴⁸Cfr. già Cass. pen. 7 ottobre 1987, in www.dejure.it.

il comportamento delle amministrazioni penitenziarie, richiedendo sempre la dimostrazione in concreto dell'effettiva persistenza di una lesione all'ordine ed alla sicurezza dell'istituzione penitenziaria²⁴⁹.

7. Presupposti e finalità del “carcere duro”

Il conflitto tra le esigenze preventive e la tutela dei diritti individuali è particolarmente difficile da risolvere nel regime detentivo speciale dell'art. 41-*bis* co. 2° della legge 26 luglio 1975 n. 354. Questo regime è stato creato per rafforzare la funzione custodiale del carcere nei confronti dei soggetti appartenenti ad organizzazioni criminali di particolare pericolosità, ma determina una forte restrizione dei diritti della persona, basandosi sulla riduzione drastica dei contatti con il mondo esterno.

L'idea alla base di questo regime è che la detenzione ordinaria non riesca a spezzare il vincolo associativo con l'organizzazione criminale e che la persistenza di questo legame costituisca un pericolo per la sicurezza pubblica. Infatti, è un fatto acquisito nell'ordinamento che i soggetti posizionati ai vertici delle associazioni mafiose continuano a esercitare, durante la detenzione, le prerogative connesse al loro ruolo. Questo ha portato all'istituzione di un regime di detenzione estremamente rigoroso, che tuttavia comporta una limitazione significativa dei diritti individuali²⁵⁰.

Nonostante il regime detentivo speciale dell'art. 41-*bis* o.p. sia stato creato per ragioni di sicurezza pubblica, la sua estrema severità e la durata delle restrizioni suscitano interrogativi sul limite della tollerabile compressione dei diritti fondamentali. L'ordinamento costituzionale italiano si basa infatti sul primato della persona umana e dei suoi diritti inviolabili, tra i quali l'art. 2 della Costituzione pone la loro garanzia come principio fondamentale della Repubblica.

²⁴⁹ Cfr. LA GREGA G., *Nuove disposizioni sul regime dell'art. 41-bis ord. pen. – commento*, cit., p. 785.

²⁵⁰ TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis della legge sull'ordinamento penitenziario: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto*. Nota a Cass. sez. I pen. 10 dicembre 2013, n. 49725, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2014, p. 1493 ss.

La complessità della questione ha spesso impedito un dibattito sereno sulla utilità di questa misura e sulla sua compatibilità con i principi costituzionali. Infatti, è difficile parlare del regime ex art. 41-bis o.p. senza schierarsi "a favore" o "contro" di esso. Tuttavia, è indubbio che tale regime rappresenti una forma di detenzione molto più rigorosa rispetto alla detenzione ordinaria, e ne modifica in modo sostanziale la natura²⁵¹.

Il principale obiettivo del regime detentivo speciale dell'art. 41-bis o.p. è quello di rendere estremamente difficile, se non impossibile, per i detenuti mantenere i legami con le organizzazioni criminali sul territorio. Questo regime differenziato in *peius* è stato istituito in seguito alle stragi di mafia che hanno sconvolto l'Italia negli anni '90, con il decreto legge 306/1992, poi convertito nella legge 356/1992.

Il regime è stato successivamente modificato due volte in modo sostanziale. La prima volta con la legge 279/2002, che ha ampliato il catalogo dei reati "ostativi" e ha reso il regime una misura permanente. La seconda volta con la legge 94/2009, che ha introdotto un elenco dettagliato di limitazioni al trattamento per coloro che vi sono sottoposti, con l'intento di inasprire il regime e di eliminare alcune distorsioni applicative. Tuttavia, alcune di queste limitazioni sono state dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale²⁵².

Inizialmente, l'istituzione del regime differenziato in *peius* dell'art. 41-bis o.p. era stata motivata dalla necessità di una risposta emergenziale alla grave situazione di criminalità organizzata che ha colpito l'Italia negli anni '90. Tuttavia, con l'intervento legislativo del 2002, è stato chiaro che l'emergenza era diventata una condizione permanente, e il regime è stato così traghettato dalla sfera dell'eccezionalità a quella della definitiva istituzionalizzazione.

Successivamente, con le leggi sulla sicurezza del 2009, il regime è stato ulteriormente inasprito con l'obiettivo di eliminare le interpretazioni

²⁵¹ TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis della legge sull'ordinamento penitenziario: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto. Nota a Cass. sez. I pen. 10 dicembre 2013, n. 49725, cit., p. 1496.*

²⁵² Cfr. FIORIO C., *Il carcere "duro" tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale. Nota a C. Cost. 28 maggio 2010, n. 190, in Giurisprudenza costituzionale, 3, 2010, p. 2268 ss.*

giurisprudenziali più garantiste e uniformare il contenuto del decreto ministeriale per tutti i detenuti coinvolti. Secondo parte della dottrina²⁵³, le ragioni che giustificano questo inasprimento non sono di natura disciplinare o di sicurezza interna, ma piuttosto volte a tranquillizzare l'opinione pubblica e a sollecitare condotte collaborative.

Tuttavia, nonostante la sua importanza e la sua estrema afflittività, l'applicazione del regime *ex art. 41-bis o.p.* continua ad avvenire attraverso circolari anziché tramite leggi specifiche. L'ultima circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria²⁵⁴ risale al 2017 ed è ancora in vigore.

7.1 I potenziali destinatari del regime

Il provvedimento sospensivo si applica a specifici detenuti o internati che hanno commesso uno dei delitti elencati nel primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p., oppure un delitto commesso con la collaborazione di un'associazione criminale di tipo mafioso o al fine di favorirne l'attività. È necessario che ci siano elementi che suggeriscano un collegamento con un'associazione criminale, terroristica o sovversiva.

Dal punto di vista quantitativo, al 31 ottobre 2022 c'erano 728 detenuti (imputati e condannati) sottoposti al regime di cui sopra. Questo numero è cresciuto lentamente e costantemente, passando da 473 nel 1993 a 577 nel 2005. Se si considera il numero di nuovi provvedimenti ministeriali di applicazione rispetto alle revocazioni, si nota una lenta e continua crescita della popolazione detenuta sottoposta a questo regime.

Dei 728 detenuti al 41-bis, 242 erano legati alla camorra, 195 alla 'Ndrangheta e 232 a 'Cosa Nostra'. Altri 55 erano in carcere per reati legati ad altre associazioni

²⁵³ TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis della legge sull'ordinamento penitenziario: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto. Nota a Cass. sez. I pen. 10 dicembre 2013, n. 49725*, cit., p. 1498.

²⁵⁴ La Circolare DAP 2 ottobre 2017 n. 3676/6126)

mafiose e solo 4 per reati di terrorismo interno e internazionale. Le donne sottoposte a questo regime erano 12.

Nonostante l'ampliamento del novero dei reati che rientrano nell'art. 4-bis o.p., lo strumento viene ancora utilizzato principalmente per i delitti di stampo mafioso e di terrorismo ed eversione dell'ordinamento democratico²⁵⁵.

Nel caso in cui un individuo sia sottoposto a diversi titoli di restrizione, alcuni dei quali impediscono la revoca del regime di isolamento previsto dall'art. 4-bis co. 1°, il principio dello "scioglimento del cumulo" non si applica più a partire dal 2009. Pertanto, il regime di isolamento può continuare a essere applicato anche se l'individuo ha espiato la pena o la misura cautelare legata ai delitti compresi nell'art. 4-bis co. 1°, poiché il principio di unicità della pena sancito dall'art. 76 c.p. prevale²⁵⁶.

Al contrario, se il condannato ha espiato separatamente la pena per uno dei delitti inclusi nell'art. 4-bis co. 1°, viene rilasciato e il problema della sua pericolosità sociale deve essere affrontato con altri strumenti. Tuttavia, se i titoli di restrizione vengono cumulati, anche se la condanna è stata espiata, il regime di isolamento continua ad essere applicato, comportando un trattamento rigido che altrimenti sarebbe evitabile. In questo caso, l'individuo potrebbe teoricamente accedere ai benefici previsti dalla legge, ma il regime di isolamento continua a essere applicato. Tuttavia, l'intervento normativo recente del decreto-legge 31 ottobre 2022 n. 162, convertito nella legge 30 dicembre 2022 n. 199, ha risolto questa discordanza.

Il criterio soggettivo di selezione dei destinatari del regime, introdotto nel 2002, si basa sulla presenza di "elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con l'associazione criminale". Pertanto, non è sufficiente essere accusati di un reato, ma è necessario dimostrare l'esistenza di collegamenti effettivi con l'associazione criminale in questione. Inoltre, la Corte Costituzionale²⁵⁷ ha stabilito che il regime

²⁵⁵ TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis della legge sull'ordinamento penitenziario: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto. Nota a Cass. sez. I pen. 10 dicembre 2013, n. 49725, cit., p. 1498.*

²⁵⁶ SECHI S., *La trattativa Stato-mafia sul carcere duro: i governi Andeotti e Amato: tra riforme eversive e cedimento*, Milano, 2016, p. 36.

²⁵⁷ Sentt. 97/376 e 21/197

può essere applicato anche agli imputati, poiché le restrizioni imposte non costituiscono una forma di anticipazione della pena, ma piuttosto una misura cautelare. Pertanto, non sono in contrasto con il principio di presunzione di innocenza. Il regime può anche essere applicato agli internati, ovvero a coloro che sono sottoposti a misura di sicurezza detentiva (come la casa-lavoro o la colonia agricola). Tuttavia, il numero di internati sottoposti al regime è molto limitato (attualmente 5)²⁵⁸.

Il decreto ministeriale ha una durata iniziale di quattro anni, con la possibilità di successive proroghe di due anni alla volta. La proroga del decreto deve essere giustificata sulla base di elementi attuali, come la persistenza della capacità del detenuto di mantenere contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza, tenendo conto del profilo criminale del soggetto, della sua posizione all'interno dell'organizzazione e della possibile presenza di nuovi reati non precedentemente valutati. Inoltre, le informazioni sulla pericolosità sociale fornite dalle forze dell'ordine sul territorio e l'operatività continuata dell'organizzazione criminale sono anch'esse elementi significativi.

Il tenore di vita dei familiari del detenuto può essere considerato anche in relazione alla presenza di fonti di reddito legittime, che potrebbero indicare un supporto continuo offerto dall'organizzazione criminale o persino una prosecuzione delle attività illegali con il clan di appartenenza.

Infine, gli esiti del trattamento penitenziario sono un altro elemento da considerare, ma per i detenuti sottoposti al regime di isolamento, l'impossibilità di avere confronti con gli operatori e partecipare alle attività di riabilitazione sociale rappresenta un limite significativo. Tuttavia, la legge specifica che il solo passare del tempo non è sufficiente per dimostrare la capacità del detenuto di mantenere contatti con l'organizzazione criminale o per dimostrare che l'organizzazione stessa non è più operativa.

²⁵⁸ BORTOLATO M., *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, in *Questione Giustizia*, 2022.

7.2 Il contenuto del regime

Il decreto ministeriale che stabilisce il regime differenziato in *peius* comporta la sospensione totale o parziale delle regole del trattamento e degli istituti previsti dalla legge penitenziaria che possono essere in conflitto con le esigenze di ordine e sicurezza. Questa sospensione comporta restrizioni "necessarie" per soddisfare le predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza²⁵⁹.

Tuttavia, la Corte costituzionale ha affermato che deve esserci un rapporto di proporzionalità tra le misure adottate e le necessità che giustificano il provvedimento, altrimenti le restrizioni imposte diventerebbero un'ingiustificata deroga al normale regime carcerario con un mero effetto afflittivo.

Il regime differenziato in *peius ex art. 41-bis* prevede limitazioni al trattamento e agli istituti previsti dalla legge penitenziaria per soddisfare le esigenze di ordine e sicurezza e impedire i collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza. Nel 2009, il legislatore ha introdotto un elenco dettagliato di limitazioni che comprendono l'isolamento dei detenuti in circuiti penitenziari di sezioni o istituti preferibilmente ubicati in zone insulari, l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, e la prevenzione di contatti con l'organizzazione criminale, contrasti con organizzazioni contrapposte e interazioni con altri detenuti o internati appartenenti alla stessa organizzazione o ad altre organizzazioni alleate.

Tuttavia, l'aver incluso l'avverbio "principalmente" nella norma ha creato una genericità ampia, che ha autorizzato l'amministrazione penitenziaria a elaborare ulteriori limitazioni non previste dal legislatore. Questa "norma in bianco" ha permesso la creazione di limitazioni vessatorie non giustificate da reali esigenze di sicurezza, rendendo l'elenco del 2009 solo apparentemente "a numero chiuso".

Nel 2009, il legislatore ha introdotto un elenco dettagliato delle limitazioni che possono essere adottate, tuttavia l'uso dell'avverbio "principalmente" nella lett. a)

²⁵⁹ BORTOLATO M., *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, cit.

del comma 2-*quater* conferisce all'amministrazione penitenziaria la possibilità di adottare misure aggiuntive non elencate dalla legge²⁶⁰.

In particolare, è possibile prevedere limitazioni specifiche, come la limitazione dei colloqui con i familiari a un solo incontro mensile in locali appositi dotati di vetri a tutta altezza e microfoni, sostituibile dopo i primi sei mesi con una telefonata di dieci minuti, con intervalli regolari per evitare scambi di informazioni troppo rapidi. Tuttavia, durante l'emergenza pandemica, è stato consentito il colloquio visivo attraverso forme di comunicazione audiovisiva controllabili a distanza.

Va segnalato che con una delle sue prime pronunce del 2022²⁶¹, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 41-bis, co. 2-*quater*, lettera e), l. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in avanti: ord. penit.), nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori, così accogliendo la questione di legittimità sollevata dalla Corte di cassazione.

Le limitazioni prevedono anche il controllo sulle corrispondenze e le telefonate, che sono autorizzati dall'autorità giudiziaria. Sono sottoposti a controllo anche gli acquisti di beni esterni al carcere. I colloqui con i terzi sono esclusi, tranne in casi eccezionali determinati dal direttore.

Sono inoltre descritte alcune limitazioni che, secondo la dottrina²⁶², non sembrano giustificate da esigenze di sicurezza ma risultano esclusivamente vessatorie, come il divieto di acquistare abiti firmati o generi di lusso. Tuttavia, alcuni limiti sono stati contestati dalla giurisprudenza²⁶³, come il divieto di somministrare latte caldo o di seguire una dieta vegetariana. Inoltre, i colloqui e le conversazioni telefoniche con i difensori non sono sottoposti ad ascolto e registrazione, come stabilito dalla Corte costituzionale²⁶⁴.

²⁶⁰ BORTOLATO M., *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, cit.

²⁶¹ Corte Cost., 18/2022.

²⁶² BORTOLATO M., *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, cit.

²⁶³ Cass. pen., n. 15558/2015.

²⁶⁴ Corte Cost., n. 143/2013.

I detenuti sottoposti al regime ex art. 41-bis o.p. sono esclusi dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati. Inoltre, la loro permanenza all'aria aperta non può superare le due ore al giorno e deve svolgersi in gruppi di massimo quattro persone scelti dall'amministrazione tra appartenenti a formazioni criminali che non hanno cointeressenze e che provengono da aree geografiche diverse. È vietato ogni contatto e lo scambio di oggetti con detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità. In passato, la legge 94/2009 aveva anche introdotto il divieto di cuocere cibi all'interno del regime, ma la Corte costituzionale ha stabilito nel 2018²⁶⁵ che tale limitazione era inutile e vessatoria, e quindi illegittima. Allo stesso modo, il divieto di scambiare generi e oggetti tra detenuti del medesimo gruppo di socialità è stato considerato meramente vessatorio dalla Corte nel 2020²⁶⁶. Tuttavia, l'amministrazione penitenziaria ha la facoltà di limitare singoli oggetti che possano costituire veicolo di messaggi.

Il legislatore, come si è visto, ha introdotto un'ambigua "norma in bianco" nell'art. 41-bis della legge penitenziaria, che consente all'amministrazione penitenziaria di adottare restrizioni non previste dalla legge per motivi di ordine e sicurezza. Questa norma ha permesso l'introduzione di ulteriori restrizioni non disciplinate dalla legge, come le cosiddette "aree riservate" destinate ai membri apicali dell'organizzazione criminale, costituite da celle singole e una saletta per la socialità.

In queste aree, i boss possono socializzare con uno o due detenuti sottoposti al regime, ma appartenenti a gruppi diversi e di livello inferiore. Altre restrizioni imposte ai sottoposti al regime includono il divieto di vedere determinati canali televisivi per prevenire la ricezione di comunicazioni indebite, la videosorveglianza anche in bagno e l'obbligo di far assistere un agente di polizia alle visite mediche.

²⁶⁵ Cfr. Corte Cost., 12 ottobre 2018, n. 186. Sul punto si v. BERNARDI S., *Per la Consulta il divieto di cuocere cibi imposto ai condannati al 41-bis è inutile e meramente afflittivo. Verso un "carcere duro" più umano?.* Nota a sent. C. Cost. 12 ottobre 2018 n. 186, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2018, p. 2325 ss.

²⁶⁶ Corte cost., sent. 5 maggio 2020, (dep. 22 maggio 2020), n. 97.

La giurisprudenza della magistratura di sorveglianza²⁶⁷ ha anche trattato il tema delle perquisizioni mediante denudamento con flessione, la privazione dello specchio e l'assegnazione a cella liscia, ovvero priva di arredo.

Si può osservare che le restrizioni indicate non influiscono sulle attività di osservazione e di trattamento personalizzato *ex art. 13 o.p.*, né sulle attività di tipo culturale, ricreativo, sportivo o di altro tipo che mirano alla rieducazione, come stabilito dalla Corte costituzionale. Tuttavia, è un fatto noto che queste attività sono quasi inesistenti per i detenuti sottoposti al regime in questione, in quanto dovrebbero essere organizzate in modo da impedire i contatti e le connessioni che il provvedimento ministeriale cerca di evitare.

Strettamente correlato a ciò è la recente riformulazione del comma 2 dell'articolo 4-bis dell'Ordinamento Penitenziario, effettuata con il decreto legge del 31 ottobre 2022 n. 162, convertito nella legge 30 dicembre 2022 n. 199. Secondo tale disposizione, i benefici penitenziari possono essere concessi solo dopo la revoca o la non proroga del regime speciale di detenzione previsto dall'articolo 41-bis, inserendo quindi una precisazione nell'articolo 4-bis sulla incompatibilità della sottoposizione al regime differenziato con qualsiasi beneficio penitenziario. Sebbene la sottoposizione al regime differenziato finisca per rendere improbabile l'accoglimento di istanze di permesso premio o di misure alternative, che presuppongono il venir meno della pericolosità sociale, in diritto l'inammissibilità di tali istanze è oggi collegata alla sottoposizione al regime differenziato, che è un atto amministrativo e non un provvedimento giurisdizionale, privo delle garanzie costituzionali previste dall'articolo 13, comma 2 della Costituzione.

La verifica del Tribunale di sorveglianza di Roma è attualmente limitata ai presupposti per l'imposizione del regime differenziato, e non alla congruità delle restrizioni imposte rispetto ai fini del regime stesso. La valutazione della congruità delle restrizioni è invece demandata alla giurisdizione diffusa dei magistrati di sorveglianza del luogo di detenzione. Secondo numerose pronunce della Corte

²⁶⁷ BORTOLATO M. *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, cit.

costituzionale, con il regime differenziato non possono essere imposte restrizioni che non siano giustificate dalla necessità di tutelare l'ordine e la sicurezza, o che siano palesemente inidonee o incongrue rispetto a tali finalità²⁶⁸.

Tali misure infatti «non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»²⁶⁹.

In conclusione, vale la pena ricordare le valutazioni effettuate dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (C.P.T.) riguardo alla durata e alla periodica rivalutazione della necessità del regime, nonché le raccomandazioni e proposte di modifica presentate a livello nazionale dalla Relazione di accompagnamento alle proposte del Tavolo II degli Stati generali dell'esecuzione penale (aprile 2016), dal Rapporto sul regime detentivo speciale della Commissione straordinaria per la tutela dei diritti umani del Senato (aprile 2016), dai rapporti del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, come ad esempio il Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario 2016-2018, nonché le proposte provenienti dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario presieduta dal prof. Marco Ruotolo, riportate nel D.M. del 13 settembre 2021²⁷⁰.

7.3 La proroga

Il comma 2-bis dell'art. 41-bis della legge n. 354 del 1975, modificato dalle leggi n. 279 del 2002 e n. 94 del 2009, stabilisce che i provvedimenti applicativi del regime

²⁶⁸ BORTOLATO M., *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, cit.

²⁶⁹ Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351.

²⁷⁰ BORTOLATO M., *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, cit.

di detenzione differenziato possono essere prorogati, sempre per periodi di un anno, a meno che non sia dimostrato che il detenuto o l'internato non è più in grado di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive.

La giurisprudenza di legittimità²⁷¹ ha stabilito che, ai fini della proroga del regime detentivo differenziato, l'attuale capacità del detenuto di mantenere contatti con l'associazione criminale deve essere valutata considerando tutti gli elementi rivelatori della permanenza delle condizioni di pericolo che avevano originariamente giustificato il regime, tenendo conto dei parametri indicati nel suddetto comma 2-bis, ma senza limitarsi ad essi. Tale valutazione rappresenta un giudizio di merito ponderato che può tener conto di elementi che non sono necessariamente sopraggiunti.

Il Tribunale di Sorveglianza, in quanto organo giurisdizionale di merito, non è vincolato alla sola verifica del rispetto delle norme di legge che costituiscono il parametro del giudizio espresso nel decreto ministeriale. Deve, invece, estendere la propria valutazione alla relativa motivazione in riferimento alle circostanze di fatto prese in esame per riscontrare la loro valenza e l'idoneità rappresentativa della capacità del soggetto sottoposto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata e della sua pericolosità sociale. Ciò al fine di garantire il collegamento funzionale tra le prescrizioni imposte e la tutela delle esigenze di ordine e di sicurezza.

Secondo la più recente giurisprudenza²⁷², la modifica dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario operata dalla legge n. 94 del 2009 non ha ridotto il potere di controllo del Tribunale di Sorveglianza sulla proroga del regime di detenzione differenziato. A differenza della valutazione di legittimità svolta in sede di giudizio di legittimità, il Tribunale di Sorveglianza deve estendere il proprio controllo anche alla motivazione del provvedimento di proroga e alla sussistenza dei requisiti della capacità del detenuto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, della sua pericolosità sociale e del collegamento funzionale tra le

²⁷¹ Cass. pen., Sez. I, 9 ottobre 2018, n. 2660.

²⁷² Cass. 18434/2021.

prescrizioni imposte e la tutela delle esigenze di ordine e di sicurezza, sulla base delle circostanze di fatto indicate nel provvedimento²⁷³.

7.4 Il controllo giurisdizionale: il caso Cospito

Il regime di detenzione differenziato ex art. 41 bis è disposto dal Ministero della Giustizia, che ha il potere di emanare il decreto applicativo del regime, sia di propria iniziativa che su richiesta di altre istituzioni, come le Procure e il Ministero dell'Interno.

Il decreto può essere revocato dal ministro in qualsiasi momento, anche senza richiesta delle autorità competenti o dell'interessato. Il provvedimento di applicazione del regime differenziato ha una durata di quattro anni, ma può essere prorogato per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno. Il detenuto ha la possibilità di impugnare il decreto di applicazione del regime di detenzione differenziato dinanzi al tribunale di sorveglianza e successivamente alla Corte di Cassazione per l'annullamento del provvedimento. Inoltre, il detenuto ha la facoltà di chiedere al Ministero della Giustizia la revoca del decreto. Nel caso in cui il ministro non adotti alcuna decisione entro trenta giorni dalla richiesta, si intende che il decreto sia confermato.

Ciò premesso, è balzato agli onori delle cronache il c.d. caso Cospito, che riguarda la sua sottoposizione al regime di cui all'articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario e lo sciopero della fame da lui messo in atto. Non è invece oggetto di discussione i suoi reati passati per i quali è già stato condannato a pene importanti. In sostanza, si sta valutando se sottoporlo al regime del 41 bis e decidere se deve essere lasciato morire o se la sua vita merita di essere salvata, indipendentemente dai reati commessi, dalle sue convinzioni e dalla sua ideologia. Nel decreto applicativo del 4 maggio 2022 si afferma che Cospito gode di un seguito importante nell'ambiente anarco-insurrezionalista e ha continuato a diffondere la sua ideologia

²⁷³ BORTOLATO M., *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, cit.

violenta e istigazioni a commettere delitti con finalità terroristiche. Si ritiene che abbia significativi collegamenti con associazioni terroristiche all'esterno e sia in grado di mantenere collegamenti con le stesse²⁷⁴.

Il Ministro ha raccolto i pareri della Direzione Nazionale Antimafia e della Procura Generale di Torino per decidere se revocare o meno il regime speciale del 41 bis per Cospito. La sua decisione può riguardare sia i presupposti dell'applicazione del regime sia le condizioni attuali di Cospito a causa del suo sciopero della fame. Riguardo ai presupposti, ci sono due questioni importanti: la struttura dell'associazione di riferimento, la Federazione Anarchica Informale, e le condotte carcerarie di Cospito.

In particolare, la struttura dell'associazione è ancora da definire, poiché la sentenza del processo "Scripta manent" e il decreto applicativo del regime speciale sottolineano la peculiarità del pensiero anarchico, che rende difficile la definizione dei collegamenti tra gli aderenti. Per quanto riguarda le condotte carcerarie di Cospito, è stato indicato come ideologo e punto di riferimento per i settori dell'ambiente anarchico, ma non come soggetto dotato di un ruolo apicale o di un'attitudine a dare ordini. Per quanto riguarda le condizioni attuali di Cospito, la sua situazione è mutata profondamente a causa dello sciopero della fame, delle sue condizioni di salute, del rischio di morte imminente e del contesto di riferimento. Questi elementi devono essere considerati nella rivalutazione dei presupposti per l'applicazione del regime speciale²⁷⁵.

Il caso di Cospito riguarda la sottoposizione dello stesso al regime di cui all'articolo 41 bis ordinamento penitenziario e la risposta dello Stato al suo sciopero della fame. La decisione di farlo vivere o morire spetta al ministro della giustizia, che ha acquisito i pareri della Direzione nazionale antimafia e della Procura generale di Torino. La maggioranza politica e la stampa cercano di rendere socialmente accettabile la scelta di lasciare Cospito morire con argomenti infondati, come quello

²⁷⁴ Cfr. PEPINO L., *Il "caso Cospito": sciopero della fame, 41 bis ed ergastolo ostativo*, in *Altalex*, 2023.

²⁷⁵ Cfr. PEPINO L., *Il "caso Cospito": sciopero della fame, 41 bis ed ergastolo ostativo*, cit.

del ricatto. Inoltre, non esiste un precedente di uno sciopero della fame così lungo in carcere e legato a richieste all'autorità politica.

La questione centrale è come riportare il 41 bis alla sua dimensione originaria e come evitare gli automatismi che caratterizzano l'ergastolo ostativo. È necessaria un'indagine conoscitiva del funzionamento dei due istituti e un conseguente confronto per restituire al sistema la necessaria coerenza e il doveroso equilibrio²⁷⁶.

Il caso Cospito solleva questioni sulla legittimità e sul funzionamento del regime carcerario dell'articolo 41 bis e dell'ergastolo ostativo, e la decisione del Ministro della Giustizia può riguardare entrambi gli aspetti. La questione riguarda non tanto la necessità di prevenire le attività criminali di boss mafiosi dal carcere, ma piuttosto l'eccessiva afflittività di tali regimi e la mancanza di valutazioni caso per caso sulla possibilità di attenuare il loro rigore. Per superare queste problematiche, si richiede un'indagine conoscitiva e un confronto tra la politica e la magistratura per ripristinare la coerenza e l'equilibrio del sistema, senza perdere l'occasione di farlo. La vicenda Cospito appare drammaticamente fragorosa, non solo per l'azione coraggiosa di disobbedienza, ma anche perché mette in luce le criticità del sistema penale con il suo doppio binario. Non solo l'art. 41 bis e l'ergastolo ostativo, ma anche la violenza insidiosa che struttura l'intero sistema penale, gerarchizzandolo e rendendolo sempre più autoritario. Alcune parti della magistratura sta cercando di sollevare questioni di costituzionalità contro questa trasformazione in agenti securitari, che ha coinvolto sia la magistratura di sorveglianza che i giudici di merito, sempre più spesso ricorrendo a pene fisse.

La responsabilità di questo regime detentivo squilibrato ricade, innanzitutto, sul ministro della giustizia, che ha il potere di decidere e può revocare o sospendere alcune misure, al di là delle leggi scritte. Tuttavia, la posta in gioco è più ampia del semplice abrogare il 41 bis e l'ergastolo ostativo; è l'intera trasformazione del sistema penale e del carcere in una gestione securitaria del controllo sociale. Questo

²⁷⁶ Ibidem.

obiettivo richiede la costruzione di coalizioni ampie tra attivisti che affrontano la "questione democratica" in modo pieno e radicale.

Possiamo trarre esempi importanti dai movimenti americani, sebbene la situazione sia diversa in Italia. Essi ci insegnano che l'antiautoritarismo, come critica delle politiche carcerarie e di sicurezza, e la lotta sociale per l'uguaglianza contro le gerarchie di classe, razza e genere devono sempre andare di pari passo.

Da noi, l'aumento del sistema penale autoritario è stato favorito dalla diffusione di strategie carcerarie e securitarie nella "guerra" contro la criminalità organizzata, a scapito della lotta sociale e di classe contro i poteri criminali. Per ricostruire una prospettiva garantista, dobbiamo riaprire il dibattito sul ruolo centrale delle lotte di classe, razza e genere nelle scelte di politica criminale, criticando la centralità del carcere, le pene infinite e intransigenti, e, infine, la funzione punitiva e coercitiva dello Stato come unica barriera contro i poteri della criminalità organizzata.

Il concetto di "carcere duro", lontano dall'essere una misura eccezionale, è sempre più considerato come il "carcere vero", quello che non punta alla rieducazione dei detenuti ma alla loro sofferenza, privazione e segregazione. Il 41 bis, insieme al 4 bis, ha superato i limiti per cui era stato ideato, trasformandosi in un vero e proprio paradigma penitenziario. Nonostante la Costituzione sottolinei ancora la finalità rieducativa delle pene, c'è chi vuole cambiare il senso di questa disposizione, enfatizzando l'importanza di far del carcere un'esperienza di sofferenza, privazione e segregazione. Questo modo di vedere il carcere come essenziale per fronteggiare fenomeni criminali ha portato alla sua applicazione sempre più frequente, poiché il solo carcere standard non è più considerato sufficiente.

È ancora importante riconoscere che nel sistema di giustizia penale esiste una dimensione di "politicalità" nelle attività giurisdizionali e nelle decisioni amministrative. Questo non significa che ci sia arbitrarietà o politicizzazione, ma che l'interpretazione del diritto e l'applicazione delle misure coercitive possono essere influenzate dalle urgenze, priorità e preoccupazioni della società, filtrate attraverso il linguaggio legale e dei diritti. Senza minimizzare la gravità dell'atto di Cospito, già sancita dalla Cassazione, secondo la quale si è trattato di un vero e

proprio attentato mirante a causare il massimo numero di vittime, è fondamentale tornare a una lettura restrittiva dei presupposti per l'applicazione del 41 bis nel caso specifico di Cospito. È necessario agire tempestivamente prima che organismi sovranazionali intervengano d'urgenza per indicare una strada da seguire, che appare già oggi come una possibile soluzione.

CAPITOLO IV

IL DOPPIO BINARIO PENITENZIARIO TRA COSTITUZIONE E CEDU

1. Le radici storiche dell'ergastolo

L'ergastolo è la pena più severa prevista nell'ordinamento giuridico. Deve il suo nome ad un istituto tipico dell'esperienza giuridica romana, *ergastulum*, ossia il luogo di lavoro forzato in cui un privato proprietario segregava per punizione, in catene, gli schiavi che giudicasse facinorosi e/o incorreggibili²⁷⁷.

Scomparso per lunghi secoli (a parte la forma di condanna alle galere, nei secoli XV e XVI), l'ergastolo ricomparve nel secolo XVIII come termine tecnico per indicare lo stabilimento destinato alla reclusione dei forzati e alla esecuzione da parte loro di lavori di pubblica utilità.

Si ricordi, inoltre, che Cesare Beccaria illustrò i vantaggi dell'ergastolo in sostituzione della pena capitale, come la misura più idonea a costituire un efficace strumento di prevenzione generale. L'ergastolo si affermò, in alternativa alla pena di morte, nell'epoca delle codificazioni, con il codice toscano del 1786 (art. 55), con il codice delle Due Sicilie del 1819 (artt. 3 e 7), con quello piemontese del 1859 (artt. 13 e 169).

Dalle codificazioni preunitarie passò al codice Zanardelli, connotato dai caratteri della perpetuità, della inderogabilità e della più intensa afflittività rispetto alla comune pena detentiva. Nel codice Rocco, l'ergastolo fece ingresso spogliato delle affezioni e della intensità dolorifica esorbitante che lo caratterizzavano nel codice precedente, poiché fu abolita la segregazione cellulare continua che l'esperienza aveva dimostrato essere fonte di abbruttimento, nonché causa di danni irrimediabili alla salute dei condannati.

Il sistema ha subito le modifiche più rilevanti in virtù della legge 25 novembre 1962, n. 1634: essa, in primo luogo, ha ammesso alla liberazione condizionale il

²⁷⁷ FIORELLI P., "Ergastolo (storia)", in *Enciclopedia del diritto*, XV, 1966, p. 223 ss.

condannato all'ergastolo, quando abbia effettivamente scontato 28 anni di pena (art. 176, 3° co.), ridotti a 26 dall'art. 28, L. 10.10.1986, n. 663.

La norma ha, poi, modificato il 2° co. della versione originaria dell'art. 22, consentendo sin da subito l'ammissione del condannato al lavoro all'aperto²⁷⁸.

Inoltre, ha inciso sulla durata dell'isolamento diurno previsto eccezionalmente dall'art. 72 nel caso di concorso di più delitti comportanti ciascuno la pena dell'ergastolo, ovvero di più delitti comportanti la massima pena con uno o più delitti puniti con pene temporanee.

Infine, ha autorizzato il condannato all'isolamento diurno allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Il rigore esecutivo è stato, in seguito, ulteriormente temperato dalla L. 26.7.1975, n. 354 e dalla L. 10.10.1986, n. 663 sull'ordinamento penitenziario, nonché dal regolamento di esecuzione, approvato con D.P.R. 29.4.1976, n. 431, onde attualmente l'ergastolo è espiato in un regime del tutto simile a quello delle pene detentive temporanee: i condannati sono assegnati a normali case di reclusione (artt. 59 e 61, L. 26.7.1975, n. 354 e 97, ult. co., reg. esec. ord. penit.). L'isolamento notturno, pur menzionato dall'art. 22, sembra tacitamente abrogato in virtù del disposto dell'art. 6, 2° co., L. 26.7.1975, n. 354, alla cui stregua i locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti²⁷⁹.

L'obbligo del lavoro, previsto per l'ergastolano dall'art. 22, non ha carattere affittivo ed è remunerato (art. 20, 2° e 3° co., L. 26.7.1975, n. 354), in ottemperanza ai principi sanciti dagli artt. 27, 3° co. e 36, 1° co., Cost., nonché dalle c.d. Regole minime circa il trattamento dei detenuti, approvate con risoluzione dell'ONU in data 30.8.1955 e del Consiglio d'Europa in data 19.1.1973²⁸⁰.

²⁷⁸ Cfr. BORTOLATO M., *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2020, p. 632 ss.

²⁷⁹ Cfr. CATERINI M., *L'ergastolo in cammino: da Strasburgo a Roma, passando dallo Stato sociale di diritto, sta giungendo al capolinea*, in *La Legislazione penale*, 5, 2020, p. 1 ss.

²⁸⁰ Cfr. MENGHINI A., *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2020, p. 307 ss.

La L. 24.11.1981, n. 689 ha, poi, abolito le pene accessorie della perdita della capacità di testare e della nullità del testamento fatto prima della condanna, contemplate nell'originario art. 32, onde rimarcare l'abbandono di una concezione eliminativa dell'ergastolo.

Anche il condannato all'ergastolo può essere ammesso al regime di semilibertà dopo l'espiazione di almeno 20 anni di pena.

Infine, l'art. 18, L. 10.10.1986, n. 663 ha espressamente ammesso che l'ergastolano, il quale abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, fruisca della detrazione di pena per ciascun semestre di sanzione detentiva scontata (attuale art. 54, 4° co., ult. parte), con ovvia ricaduta della riduzione sui termini di ammissione ai permessi premio, alla semilibertà e alla liberazione condizionale.

2. La compatibilità costituzionale

Si è dubitato in dottrina della legittimità costituzionale dell'ergastolo in relazione ai principi enunciati dall'art. 27 Cost., sia perché la privazione perpetua della libertà personale sarebbe in contrasto con il senso di umanità, sia perché tale pena impedirebbe il perseguimento della rieducazione del condannato, cui, invece, ogni pena, per dettato costituzionale, deve tendere²⁸¹.

Perplessità sono state sollevate anche con riferimento al carattere di pena fissa dell'ergastolo che non consentirebbe, in quanto non modulabile tra un minimo e un massimo, la commisurazione della pena in guisa sufficientemente individualizzata. I termini del dibattito sono considerevolmente mutati dopo l'entrata in vigore della L. 25.11.1962, n. 1634 e delle norme sul nuovo ordinamento penitenziario. Prima delle modifiche alla disciplina dell'ergastolo, il contrasto verteva principalmente sull'interpretazione dell'art. 27, 3° co., Cost., se il concetto di rieducazione

²⁸¹ Cfr. GALLO E., *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 1270, secondo cui: «è proprio la concezione dell'ergastolo come pena che stride e contrasta con la funzione risocializzante, proprio per il suo carattere assoluto che esclude, in linea di principio, la restituzione del condannato alla società»

postulasse la possibilità della restituzione del condannato al libero consorzio civile, ovvero si focalizzasse essenzialmente intorno al miglioramento morale del reo.

Dopo la riforma dell'istituto, la problematica si è notevolmente arricchita, non potendosi oggi più negare che il sistema consenta normalmente la restituzione del condannato alla società libera, purché ne sia acclarata la effettiva partecipazione all'opera di rieducazione. In questo nuovo quadro, le posizioni della dottrina sono differenziate. Propendono ancora per l'abolizione gli autori che ravvisano nell'ergastolo un messaggio, di carattere principalmente simbolico, inteso a sottolineare il carattere retributivo della pena²⁸².

Esprimono una posizione meno drastica, che auspica una progressiva eliminazione dell'istituto, con la sua riduzione quantitativa e una piena garanzia legale circa il reinserimento del condannato nella vita libera, gli autori preoccupati in ordine alle difficoltà attuali dell'abolizione.

Altri autori, infine, pur sottolineando la problematicità dell'ergastolo, propendono decisamente per il suo mantenimento, come presidio di prevenzione generale per i delitti gravissimi.

Se si tiene conto del modello suggerito da una lettura congiunta dell'art. 27, 1° e 3° co., Cost., di una pena retributiva intrinsecamente destinata a promuovere la rieducazione del condannato in vista del suo reinserimento sociale, sembra che la configurazione attuale dell'ergastolo non confligga affatto con la Costituzione, ma, anzi, soddisfi l'esigenza che la rieducazione, in quanto fine intrinseco della pena, sia perseguita in maniera seria e concreta: dunque, che essa non sia data automaticamente per ammessa in relazione al semplice trascorrere del tempo, ma sia verificata positivamente attraverso l'accertamento giurisdizionale dell'effettiva partecipazione del condannato all'opera rieducativa. Il tema concernente la legittimità costituzionale dell'ergastolo ha avuto un'ampia trattazione in

²⁸² Cfr. PELISSERO M., *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *La Legislazione penale*, 3, 2020, p. 1 ss.

giurisprudenza per opera sia della Corte di Cassazione, sia della Corte costituzionale.

In particolare, in una prima fase, antecedente alla riforma dell'istituto ex L. 25.11.1962, n. 1634, la questione di costituzionalità dell'ergastolo è stata dichiarata manifestamente infondata²⁸³.

Dopo la riforma suddetta, la Corte costituzionale ha ritenuto la conformità alla Costituzione dell'ergastolo, poiché alla radice della pena stanno «non meno della sperata emenda»²⁸⁴ altresì esigenze di «dissuasione, prevenzione, difesa sociale»²⁸⁵. A causa del sovraffollamento carcerario, nonché della difficile situazione delle carceri italiane, e tenendo conto della dubbia compatibilità dell'istituto con il vigente ordinamento costituzionale, gli artt. 17, 1° co., n. 2 e 22 sono stati sottoposti a referendum popolare, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale²⁸⁶. La risposta popolare è stata contraria all'abrogazione dell'ergastolo.

3. L'ergastolo ostativo: le differenze con l'ergastolo comune

Diversamente dall'ergastolo ordinario, quello ostativo, ricavato dal combinato disposto degli artt. 22 c.p. e 4-*bis*, co. 1, ord. penit., non consente al detenuto di godere di determinati benefici come il lavoro esterno, i permessi premio, la liberazione condizionale, la semilibertà e le misure alternative alla detenzione. Si tratta di benefici che non sono vietati in maniera assoluta, in quanto, come già segnalato in precedenza, i detenuti potrebbero beneficiarne collaborando con la giustizia.

Va segnalato che il riferimento all'ergastolo è improprio. Ciò che occorre evidenziare è che la perpetuità di tale condizione detentiva, infatti, può essere vinta

²⁸³ Cass. pen., SS.U.U, 16 giugno 1956, che, da un canto, ha ritenuto insita nel precetto costituzionale l'idea della redenzione morale del reo, perseguibile anche durante l'esecuzione dell'ergastolo, e, da un altro canto, ha valorizzato l'argomento a contrario, desumibile dall'art. 27, 4° co., Cost., ove è sancito espressamente il solo divieto della pena capitale.

²⁸⁴ Corte cost., 22 novembre 1974, n. 264.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 23.

unicamente mediante la collaborazione con la giustizia, la prova del distacco dalla criminalità organizzata, della volontà di emenda e dell'assenza di pericolosità sociale del reo. L'ergastolo comune e quello ostativo, quindi, si differenziano proprio in ragione del regime di esecuzione.

Raggiunto ogni livello di soglia di responsabilità, a partire dalla condotta regolare per arrivare alla partecipazione all'opera di rieducazione, e successivamente alla progressione nel trattamento fino ad approdare al sicuro ravvedimento, il condannato gode di benefici sempre maggiori. Ciò vale anzitutto per l'ergastolano, soggetto destinato a restare all'interno del carcere per un lungo periodo di tempo, ma quanto meno utile a verificare segni evidenti di ravvedimento.

Agli ergastolani comuni, ossia a coloro che non siano responsabili di reati di prima fascia, è permesso richiedere, per effetto dell'intervento della Corte costituzionale con sentenza n. 274/1983, e successivamente con l'entrata in vigore della legge n. 663/1986, la liberazione anticipata.

Tutto questo non vale in caso di ergastolo ostativo, almeno fino ai recenti interventi giurisprudenziali.

4. L'ergastolo ostativo nella giurisprudenza della Corte EDU: il caso Viola c. Italia

Sebbene la Corte EDU non abbia mai assunto una posizione di totale chiusura riguardo alla pena dell'ergastolo, in diverse occasioni ha precisato che tale pena è conforme all'art. 3 CEDU a condizione che l'ordinamento contempli, seppure all'esito di un vaglio discrezionale da parte dell'autorità, una possibilità di liberazione²⁸⁷.

A risultare in contrasto con i principi convenzionali che governano la pena non è la durata della restrizione o la possibilità che in astratto il condannato possa passare il resto dei suoi giorni in carcere, quanto, piuttosto, il fatto che l'ordinamento non

²⁸⁷ Cfr. LEGGIERO A., *L'ergastolo "ostativo": una necessità di politica criminale o un'anacronistica crudele ed abnorme punizione di Stato? Nota a sent. C. Cost. 23 ottobre 2019 n. 253*, in *Rivista penale*, 1, 2020, p. 42 ss.

preveda un meccanismo di controllo, di riesame, che consenta di stabilire, a distanza di tempo dall'inizio dell'esecuzione della condanna, se la detenzione continui o meno ad essere effettivamente giustificata.

Di notevole rilievo è la disamina del “Caso Viola”. Marcello Viola viene condannato una prima volta a 12 anni di reclusione per associazione di stampo mafioso, aggravata dalla qualità di promotore e organizzatore e poi, all'esito di un secondo processo, in cui viene accertata la sua responsabilità per plurimi omicidi, con il riconoscimento delle aggravanti mafiose, viene condannato all'ergastolo²⁸⁸.

In entrambi i processi, l'accertamento della responsabilità si basa su dichiarazioni di collaboratori di giustizia. La pena detentiva viene successivamente determinata in ergastolo con isolamento diurno per due anni e due mesi. Il ricorrente sconta l'isolamento e per sei anni la detenzione in regime differenziato ex art. 41-*bis* O. P., regime che non viene prorogato, per non essere adeguatamente motivata la persistenza di contatti con le organizzazioni criminali. Negli anni 2011 e 2013 presenta domanda per ottenere un permesso premio, ma le sue richieste non trovano accoglimento. Nel 2015 presenta istanza di liberazione condizionale al Tribunale di sorveglianza e, dichiarandosi innocente, chiede che sia dichiarata l'inesigibilità della sua collaborazione.

Nell'istanza egli chiede anche di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* O. P. per contrasto con gli artt. 27, 117 Cost. e 3 C.e.d.u. Il Tribunale di sorveglianza dichiara inammissibile e infondata la questione di costituzionalità e, conseguentemente, respinge l'istanza di ammissione alla liberazione condizionale. Infatti, la mancata collaborazione con la giustizia, considerata esigibile data la posizione di vertice di Viola nell'associazione a delinquere, preclude l'accesso ad ogni beneficio, sebbene in ragione della sua partecipazione al programma rieducativo avesse maturato circa 5 anni di liberazione anticipata.

Nei confronti di questa sentenza Viola propone ricorso per Cassazione. La Corte lo rigetta e non solleva questione di legittimità costituzionale. A fronte di ciò, il

²⁸⁸ Ivi, p. 46 s.

condannato decide di adire la Corte EDU invocando la violazione degli artt. 3, 5 par. 4, 6 par. 2, 8 CEDU e la Corte di Strasburgo ha ritenuto ammissibili le sole doglianze sollevate in riferimento agli artt. 3 e 8 della Convenzione²⁸⁹.

Ad avviso della Corte, gli Stati conservano un margine di discrezionalità nell'introdurre meccanismi presuntivi di valutazione della pericolosità. Tuttavia, la Corte si chiede se la necessità di dimostrare la rottura dei legami con l'associazione attraverso la collaborazione sia compatibile con il principio che vuole che la revisione della pena in fase esecutiva avvenga sulla base degli esiti del percorso trattamentale.

Ad avviso della Corte, se è vero che l'ordinamento italiano non nega in maniera assoluta all'ergastolano ex art. 4-bis O. P. ogni prospettiva di liberazione, tuttavia la ricollega alla scelta del condannato di collaborare con la giustizia.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, interrogata sulla conformità ai principi convenzionali dell'ergastolo ostativo previsto dall'ordinamento italiano, ha ritenuto tale regime in contrasto con l'art. 3 della Convenzione. In particolare, essa ha affermato che «la presunzione di pericolosità stabilita dalla legge, superabile solo mediante la collaborazione con la giustizia, non consente di verificare i progressi che il detenuto ha compiuto durante l'espiazione della pena e di verificare se la restrizione della libertà continui ad essere giustificata. L'impossibilità di effettuare un simile controllo trasforma una pena che di per sé potrebbe essere legittima in un trattamento inumano o degradante, in quanto tale contrastante con l'art. 3 della Convenzione»²⁹⁰.

La presunzione di pericolosità stabilita dalla legge impedisce di fatto al magistrato di sorveglianza di verificare i progressi che il detenuto ha compiuto durante il suo percorso intramurario e di verificare se la restrizione della libertà continui ad essere giustificata. L'impossibilità di effettuare un simile controllo trasforma una pena, che di per sé potrebbe essere legittima, in un trattamento inumano o degradante, contrastante con l'art. 3 CEDU, giacché il rispetto della dignità umana, che assume

²⁸⁹ Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*.

²⁹⁰ Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*.

un ruolo centrale nel sistema di tutela della Convenzione, impedisce di privare una persona della libertà senza contemporaneamente offrirgli un percorso rieducativo funzionale, un giorno, ad un eventuale recupero della stessa.

5. Gli interventi della Corte costituzionale: sentenze nn. 149 del 2018 e 253 del 2019

La Corte costituzionale, con un provvedimento coraggioso e fermo, è intervenuta in maniera chiara direttamente sulla disciplina dell'ergastolo contenuta nella legge sull'ordinamento penitenziario facendone cadere un primo carattere ostativo - sebbene di circoscritta ricorrenza statistica e "di secondo grado" - all'accesso ai benefici penitenziari²⁹¹.

È proprio la decisa disapprovazione dei meccanismi preclusivi automatici a pervadere e condurre l'intera pronuncia sin dalle sue prime riflessioni, quasi a fissare e difendere oltre ogni incertezza il valore fondamentale rappresentato per l'ordinamento dalla funzione rieducativa della pena, intesa nella sua massima capacità espansiva così da ricomprendere anche i più "pericolosi" tra i prigionieri che abbiano però dato prova di chiara volontà partecipativa alla graduale opera di recupero.

Mai, infatti, dovrebbe essere disatteso il comando costituzionale rivolto alla costante possibilità di reinserimento sociale del condannato pur nel rispetto del "giusto rigore" della pena stabilita e della necessaria prudenza con la quale valutare i progressi compiuti da coloro i cui reati hanno meritato l'ergastolo, estrema pena di un'*extrema ratio*.

Le questioni sulle quali la Corte è stata chiamata a pronunciarsi originavano dall'istanza di ammissione alla semilibertà (art. 50 O.P.) presentata al Tribunale di sorveglianza da parte di un detenuto condannato all'ergastolo per aver commesso

²⁹¹ Cfr. PELISSERO M., *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2018, p. 1359 ss.

un sequestro a scopo di estorsione cagionando la morte del sequestrato (art. 630, comma 3, c.p.).

Stando al quadro normativo vigente al momento della richiesta (risultante dall'art. 58-*quater*, comma 4, O.P.), a nulla valeva il fatto che l'istante avesse scontato quasi ventitré anni di reclusione (superando dunque i venti stabiliti dall'art. 50 O.P.) e avesse dato prova di singolare impegno nel trattamento rieducativo (svolgendo proficuamente studi universitari, lavorando nella struttura penitenziaria e mantenendo costantemente una condotta regolare), poiché il titolo di reato sottostante alla pena inflitta rappresentava per l'ergastolano uno sbarramento oggettivo alla concessione sia della semilibertà che di ogni altro beneficio indicato al primo comma dell'art. 4-*bis* O.P. (lavoro all'esterno, permessi premio e misure alternative) prima che fossero stati effettivamente espiati almeno ventisei anni.

A questo rigore veniva sottratto solo l'istituto della liberazione anticipata (art. 54 O.P.)²⁹². Non si dimentichi tuttavia che, a monte, la fattispecie prevista dall'art. 630 c.p. rientra nel novero dei cosiddetti delitti "ostativi", i quali bloccano la concessione dei benefici sopra richiamati qualora i loro autori non collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* O.P. (oppure, in base alle circostanze, risulti impossibile o irrilevante la loro collaborazione).

Nondimeno, superato l'ostacolo "soggettivo" della collaborazione con la giustizia (perché utilmente resa o perché impossibile o non rilevante), una parte degli ergastolani ostativi incontrava una seconda barriera - stavolta meramente "oggettiva"- in quanto connessa esclusivamente al tipo di reato commesso.

La medesima sorte accomunava sia le condanne a pena perpetua per sequestro estorsivo, sia quelle per sequestro a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-*bis* c.p.), ferma restando la causazione della morte del sequestrato (la identità di *ratio* ha, infatti, portato la Corte costituzionale a pronunciarsi su entrambe le previsioni, secondo quanto stabilito dall'art. 27 della legge n. 87 del 1953)²⁹³. Il giudice

²⁹² Ivi, p. 1361.

²⁹³ Cfr. PUGIOTTO A., *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2018, p. 406 ss.

rimettente ha sollevato, quindi, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, per contrasto sia con l'art. 3 che con l'art. 27, comma 3, Cost. La disciplina da esso dettata, infatti, portava taluni detenuti a soggiacere ad una forma di ergastolo palesemente deteriore non soltanto rispetto all'ergastolo "comune", ma anche rispetto al regime già peggiorativo al quale vengono sottoposti i condannati per delitti ostativi, senza che per altro si potesse effettivamente ravvisare una maggiore gravità obiettiva dei richiamati reati di sequestro rispetto ad altre forme criminose (di "prima fascia" o ordinarie) punite con la detenzione a vita (talora neppure ostativa).

La preclusione stabilita dall'art. 58-*quater*, comma 4, O.P. appariva poi "intrinsecamente irragionevole" rispetto alla finalità necessariamente rieducativa della pena, dal momento che il blocco netto della concessione al condannato di strumenti di contatto con il mondo esterno vanificava ogni rilievo della sua partecipazione soggettiva al progresso di reinserimento sociale, disincentivando il singolo ed annullando il principio della logica progressività del trattamento rieducativo penitenziario²⁹⁴.

L'occasione fornita dalle censure di illegittimità costituzionale avanzate dal Tribunale di sorveglianza è stata fruttuosamente impiegata dalla Corte per operare, innanzitutto, una compiuta analisi del regime detentivo applicato ai condannati per le due tipologie di sequestro (aggravate dalla morte voluta del soggetto passivo). Ciò è arricchita dalle considerazioni di ordine storico e politico che condussero il legislatore ad introdurre nella legge sull'ordinamento penitenziario l'art. 4-*bis* e a modellarlo successivamente. In tal modo ha assunto la consistenza e la funzione che oggi (in combinazione con l'art. 58-*ter* O.P.) lo rendono la fonte di quell'ergastolo ostativo tanto problematico e potenzialmente dissonante rispetto all'imperativo rieducativo insito in ciascuna pena. Davanti alle evidenti difformità di trattamento emerse dall'esame della disciplina riservata agli ergastolani

²⁹⁴ Cfr. MUSACCHIO V., DI TULLIO D'ELISIS E., *Ergastolo ostativo: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354. Nota a sent. C. Cost. 23 ottobre 2019 n. 253*, in *Rivista penale*, 11, 2020, p. 23 ss.

destinatari dell'art. 58-*quater*, comma 4, O.P., la Corte costituzionale ha seguito un percorso argomentativo incisivo che senza deviazioni ha portato alla dichiarazione di illegittimità della disposizione censurata, facendo leva soprattutto sul lamentato attrito con la necessaria finalità rieducativa della pena.

Le considerazioni condotte, per la loro intrinseca connessione con i profili di ragionevolezza e uguaglianza nel trattamento penitenziario, hanno consentito di rispondere anche all'ulteriore eccezione di incostituzionalità sollevata dal giudice a quo per conflitto con l'art. 3 Cost.

Triplice è la declinazione assunta dal contrasto tra la preclusione contenuta nell'art. 58-*quater* O.P. e l'art. 27, comma 3, Cost., dal momento che vengono contemporaneamente intaccate tutte e tre le esigenze sottese al finalismo rieducativo connesso alla fase esecutiva della pena.

È evidente, intanto, come l'aver innalzato e livellato al termine fisso di ventisei anni il momento a partire dal quale possono essere richiesti e accordati i benefici penitenziari indicati al primo comma dell'art. 4-*bis* O.P. abbia determinato una chiara alterazione della progressiva gradualità nell'opera di reinserimento sociale del condannato all'ergastolo, interrompendo sul nascere - e per un tempo innaturalmente lungo - la fruttuosa correlazione reciproca tra il comportamento del detenuto, la concessione dei benefici e la conseguente nuova influenza che la fruizione della misura extramuraria determina sulla condotta, in un circolo virtuoso che - nelle intenzioni della legge poi ben scolpite dalla Corte costituzionale - deve portare il detenuto a reintegrarsi per gradi, ma definitivamente nel contesto sociale esterno.

L'unica cifra che deve contrassegnare la fase esecutiva è data dalla vicendevole e continua interazione tra condotta e benefici, opportunamente valutata dal magistrato di sorveglianza secondo la direzione impressa dalla Costituzione.

Pertanto, ogni blocco o interruzione della progressione trattamentale, avulsi da un corrispondente blocco o interruzione nella progressione "comportamentale" del condannato, sono apertamente contrastanti con l'imperativo dell'art. 27 Cost. e con le esigenze sottese ad una pena individualizzata e flessibile che si adatti al soggetto

e che risponda prontamente ed efficacemente ad ogni avanzamento della sua partecipazione al cammino rieducativo.

L'art. 58-*quater*, comma 4, O.P. prevedeva, invece, una paralisi della fisiologica progressione premiale, imponendo all'ergastolano l'immobilità nello svolgimento della sua pena per (ben) ventisei anni. Se di paralisi non si vuol parlare, poiché è senz'altro vero che veniva fatta salva la possibilità di ottenere la liberazione condizionale, si deve però ravvisare un'evidente alterazione della logica trattamentale poiché la liberazione condizionale, oltre a non giungere a completamento di un percorso rieducativo maturato nel tempo (e potenzialmente addirittura prima del primo permesso premio), rischiava di non poter in concreto essere disposta giacché, in assenza di un naturale e regolare contatto con il mondo esterno, diventava estremamente difficile da parte del magistrato di sorveglianza accertare il sicuro ravvedimento del detenuto²⁹⁵.

La Corte riconosce dunque, senza riserve, questo primo profilo di illegittimità costituzionale per il sacrificio irragionevolmente imposto dall'art. 54-*quater*, comma 4, O.P. ad uno degli strumenti (la progressione trattamentale) più connaturati e funzionali alla finalità rieducativa della pena.

Il blocco nella concessione delle misure extramurarie prima della espiazione di ventisei anni effettivi di pena, oltre alla alterazione nella logica gradualistica, determina verosimilmente un effetto di disincentivazione del condannato all'ergastolo (per quei reati più volte indicati) nella partecipazione all'opera di rieducazione.

È questo un altro degli aspetti sui quali la Corte si è soffermata nella censura dell'art. 58-*quater*, comma 4, O.P. sottolineando l'effetto dissuasivo che sul detenuto produce la consapevolezza di non poter incidere concretamente con il

²⁹⁵ Cfr. NEPPI MODONA G., *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e incompatibilità convenzionale*. Intervento al seminario "Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito", Milano, 16 novembre 2017, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2017, p. 1509 ss.

proprio comportamento, in tempi ragionevolmente vicini e controllabili, sul conseguimento di un “premio”²⁹⁶.

Data la soglia fissa, infatti, per gli ergastolani del quarto comma non possono operare (ai fini dell’accesso ai benefici elencati al primo comma dell’art. 4-*bis* O.P.) le detrazioni di pena concedibili a titolo di liberazione anticipata (art. 54 O.P.), riconosciute come contropartita incentivante concessa dall’ordinamento davanti alla “prova di partecipazione all’opera di rieducazione” data dal condannato, allo scopo di promuovere un “suo più efficace reinserimento nella società”.

A differenza di quanto richiede il codice per la liberazione condizionale, subordinata al più penetrante e impegnativo requisito del “ravvedimento” del soggetto, la liberazione anticipata si accontenta della attiva e positiva partecipazione del detenuto al percorso di rieducazione.

Tuttavia, appare chiaro come la facilità di conseguimento di una ricompensa rappresenti un vigoroso impulso affinché un soggetto si senta psicologicamente motivato, specialmente nei primi periodi di esecuzione della pena detentiva, a prestare collaborazione all’opera di reinserimento.

Si dà avvio così ad un meccanismo fecondo che, dietro la promessa di un risultato immediato e tangibile, finisce in realtà con il modellare la condotta del detenuto e convincerlo della utilità di uno stile di vita carcerario improntato all’impegno, alla correttezza dei comportamenti ed alla fiducia negli sforzi profusi²⁹⁷.

Al contrario, il differimento ad un tempo futuro, fin troppo lontano e sfuggente, del risultato della partecipazione mortifica lo slancio cooperativo del reo, rischiando di pregiudicare la sua stessa possibilità di reinserimento sociale e compromettendo quindi, in ultima analisi, la funzione rieducativa della pena.

A completamento della persuasiva ricostruzione dei profili di contrasto tra il quarto comma dell’art. 58-*quater* O.P. e il comma 3 dell’art. 27 Cost., la Corte costituzionale ha infine affrontato un tema estremamente serio, che forse più degli altri prima esaminati fonda la illegittimità della norma contestata.

²⁹⁶ Ivi, p. 1511 s.

²⁹⁷ Ivi, p. 1515 ss.

Ad essere messa in discussione è stata la compatibilità tra la funzione rieducativa della pena intesa in una prospettiva dinamica e individualizzata con i “pregiudizi” in forza dei quali si decide automaticamente della sorte penitenziaria di talune categorie di detenuti ritenuti pericolosi in astratto (solo a causa del tipo di reato commesso), escludendoli dai benefici extramurari o rendendo molto più tortuoso e lento l’accesso ad essi.

Si tratta di quegli automatismi preclusivi che “immobilizzano” la persona del reo nel momento del delitto, cristallizzando la valutazione della sua complessiva posizione all’atto della commissione del reato e facendo dipendere solo dalle caratteristiche del fatto criminoso le regole della esecuzione della pena.

In questi casi, l’ordinamento rende la presunzione di pericolosità più forte e convincente della effettiva verifica dei progressi personali verso la rieducazione compiuti dal condannato, difendendo l’esigenza di una prevenzione generale negativa al punto di accettare il sacrificio della possibilità di recupero sociale del soggetto²⁹⁸.

È evidente come la “tipizzazione per titoli di reato” rinunci a superare il rimprovero e la riprovazione sociale per la gravità del delitto consumato, così «“pietrificando” il reo nell’istante della sua azione deprecabile e rifiutando a priori di valutarne - per un certo tempo o in assenza di certe condizioni - la capacità di un possibile cambiamento»²⁹⁹. La collisione tra una simile impostazione, del tutto sbilanciata su pretese di difesa sociale, e il finalismo rieducativo imposto dalla Carta costituzionale è fin troppo vistosa.

La specifica preclusione automatica fondata sul decorso del tempo, stabilita dal quarto comma dell’art. 58-*quater* O.P., aveva eretto un muro di irremovibile diffidenza davanti ai segnali provenienti dall’ergastolano, la cui condotta - pur positiva e meritevole - non sarebbe servita a instaurare «un rapporto di interlocuzione costruttiva con l’ordinamento poiché nessun giudice avrebbe avuto

²⁹⁸ Cfr. GIOSTRA G., *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l’emergenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 58.

²⁹⁹ Cfr. G NEPPI MODONA G., *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e incompatibilità convenzionale*, cit., p. 1555.

il potere di valutare i progressi da lui concretamente compiuti prima del raggiungimento della soglia temporale fissa, nemmeno in presenza di una collaborazione con la giustizia»³⁰⁰.

Dal canto suo, la irrilevanza del comportamento ai fini dell'ottenimento di un contatto con la realtà esterna portava, in un circolo tanto vizioso quanto inevitabile, alla impossibilità di individualizzazione della pena e, dunque, a compromettere in partenza un presupposto fondamentale dell'aspirazione rieducativa della sanzione penale.

La Corte, in una decisa presa di posizione a favore della finalità espressa dall'art. 27 Cost., afferma quindi la incompatibilità con la Costituzione di un automatismo che, mortificando la prospettiva di risocializzazione del condannato, porta alla stigmatizzazione di talune categorie di detenuti, escludendoli dal contatto sociale e negando loro inutilmente una fondamentale dimensione di dignità della persona, vale a dire quel diritto alla speranza di poter compiere validamente - nonostante il peso del reato commesso - un percorso di ricostruzione individuale³⁰¹.

La linea di azione segnata dalla Consulta è quella di riespandere il ruolo del magistrato e di riconoscergli competenza e garanzia nell'esercizio del potere discrezionale, consentendo l'ammissibilità ai benefici penitenziari di quei soggetti che «abbiano partecipato in modo significativo al percorso di rieducazione e, rispetto ai quali non sussistano gli indici di perdurante pericolosità sociale»³⁰².

Del resto «eliminare le preclusioni non significa ammettere automaticamente alle misure extracarcerarie chi non ne è meritevole; significa semplicemente poter non escludere chi ne è meritevole solo perché il titolo di reato che lo riguarda è di un certo tipo e, ancora più a monte, eliminare il pregiudizio di ritenere non meritevole il soggetto solo perché ha commesso un reato di un certo tipo»³⁰³. Appena l'anno

³⁰⁰ Ivi, p. 1556.

³⁰¹ GIOSTRA G., *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2018, p. 122.

³⁰² Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149.

³⁰³ Cfr. NEPPI MODONA G., *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e incompatibilità convenzionale*, cit., p. 1516.

successivo la Corte Costituzionale è stata chiamata nuovamente ad occuparsi dell'ergastolo ostativo con la sentenza n. 253/2019³⁰⁴.

In via consequenziale, poi, la Corte ha esteso la dichiarazione di incostituzionalità anche altri delitti contenuti nell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.

La Corte, dunque, ha cura di precisare che la pronuncia non riguarda l'ergastolo ostativo. La questione, invece, concerne i condannati per i reati ostativi che, appunto, non hanno la possibilità di accedere ai permessi premio in mancanza di una collaborazione utile con la giustizia³⁰⁵.

La Corte, in definitiva, ha eliminato la presunzione assoluta, ma al contempo, preoccupata di evitare che ciò potesse tradursi in un sostanziale "liberi tutti", si è premunita introducendo un regime probatorio rafforzato, invertendo l'onere della prova e facendolo gravare sul condannato. Si può parlare, dunque, di presunzione "semi-assoluta" piuttosto che di presunzione relativa.

6. Evoluzione della disciplina di favore per i collaboratori di giustizia

Considerata come un presupposto operante allo stesso tempo sia per la concessione che per la revoca delle misure alternative alla detenzione, la collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. assume una rilevanza centrale in materia, così come l'art. 323 bis c.p.

Il privilegio, che viene offerto ai collaboratori, sottolinea la totale svalutazione della funzione rieducativa della pena: l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, che assicurano il recupero di parte della libertà in corrispondenza dei diversi progressi compiuti, nel caso di specie non viene più commisurata all'osservazione del condannato, ma ad un differente indice presuntivo di cessata pericolosità, che viene agganciato a parametri probatori del tutto estranei ai normali

³⁰⁴ Cfr. Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253.

³⁰⁵ Cfr. MENGOZZI M., *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2020, p. 1 ss.

canoni processuali e diretto a risultati differenti, che risultano essere del tutto svincolati dal principio fondamentale della rieducazione del condannato.

Oltre alla collaborazione piena prevista dall'art. 58-ter ord. penit. quale unico elemento capace di superare la presunzione assoluta di pericolosità che caratterizza i delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-bis, ord. penit., la disposizione in esame prevede una seconda fattispecie collaborativa definita "oggettivamente irrilevante", caratterizzata dall'avvenuto riconoscimento, con sentenza di merito, di una delle attenuanti di cui agli artt. 62 comma 6, 114 o 116 c.p.

Nell'ipotesi di collaborazione in senso stretto e di collaborazione irrilevante, rispetto alle quali assumono rilevanza «comportamenti attivi e operosi, variamente posti in essere nella fase di cognizione o anche dopo la condanna»³⁰⁶, l'accertamento funzionale all'accesso ai benefici penitenziari presuppone una valutazione di natura ricognitiva, rispettivamente, della «significatività e della rilevanza della collaborazione già offerta in fase di cognizione o perfezionata *in executivis*, al fine di verificare l'integrazione dei requisiti indicati dall'art. 58-ter Ord. penit.»³⁰⁷, o della già avvenuta applicazione di una delle circostanze attenuanti - risarcimento del danno avvenuto anche dopo la sentenza di condanna *ex art. 62 n. 6 c.p.*, partecipazione criminosa di minima rilevanza *ex art. 114 c.p.*, evento diverso più grave di quello voluto *ex art. 116 comma 2 c.p.* - che sono espressione di una inferiore e diminuita pericolosità sociale del soggetto, al cospetto di una collaborazione offerta che si manifesti oggettivamente del tutto irrilevante.

Sia nelle ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante che in quelle di collaborazione inesigibile e impossibile di cui all'art. 4-bis comma 1-bis ord. penit., l'accesso ai benefici penitenziari è subordinato alla valutazione dell'ulteriore requisito di meritevolezza della preventiva acquisizione di elementi capaci di

³⁰⁶ RICCI A., "Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. *L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo"*, Padova, 2013, p. 5 ss.

³⁰⁷ BERNASCONI A., *Indissolubile il legame tra collaborazione con la giustizia e benefici penitenziari?*, in *Cassazione penale*, 1997, p. 3574

escludere la presenza di collegamenti attuali con la criminalità terroristica, eversiva o organizzata.

Con riferimento ai soggetti condannati o internati per una delle figure delittuose previste dall'art. 4-*bis* comma 1-*ter* ord. penit., i benefici di cui al comma 1 possono essere attribuiti, invece, indipendentemente dall'accertamento di qualsiasi tipo di condotta collaborativa, unicamente sulla base della esclusiva valutazione della condizione di insussistenza ("purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza") di collegamenti con la realtà criminale.

In altri termini, per l'esclusione delle misure è richiesta, «conformemente ai principi del nostro sistema processuale»³⁰⁸, la prova positiva, da parte del pubblico ministero, dell'esistenza dei collegamenti con la criminalità.

7. Corte Cost. n. 97 del 2021: l'ergastolo ostativo al capolinea?

La Corte costituzionale ha pronunciato l'ordinanza n. 97/2021, che non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, ma sicuramente l'ha accertata.

Si tratta di una pietra inamovibile, che richiede ora la cooperazione del legislatore: se il Parlamento nulla farà entro il 10 maggio 2022, l'ergastolo ostativo sarà dichiarato incostituzionale, con una sentenza di accoglimento manipolativo.

Ci si chiede, dunque, se il Parlamento resta libero di approvare una riforma che non preveda il pericolo di ripristino. Non resta dunque che attendere in che modo si comporterà il legislatore, per verificare se sarà necessario un nuovo intervento della Consulta.

Nell'attesa del pronunciamento costituzionale, va segnalata una terza novità di assoluto rilievo, avendo tutte le carte in regola per tradursi in diritto vivente giurisprudenziale.

Il riferimento è alla recentissima ordinanza n. 3341 emessa il 29 ottobre 2020 dal Tribunale di sorveglianza di Firenze, con la quale, per la prima volta, viene accolta

³⁰⁸ Cfr. CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 64.

la domanda di ammissione alla liberazione condizionale presentata da un ergastolano ostativo non collaborante (e non rientrante nelle ipotesi di collaborazione comunque inesigibile ex art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit.).

8. Il d.l. n. 162/2022 e la relativa legge di conversione (legge 30 dicembre 2022, n. 199)

La legge di conversione 30 dicembre 2022, n. 199, del D.L. n. 162/2022, ha apportato importanti modifiche al regime dei benefici penitenziari, escludendo i delitti contro la pubblica amministrazione dall'elenco dei reati che impediscono l'accesso alla mitigazione del regime detentivo in assenza di collaborazione con la giustizia. La raccolta di informazioni è stata rimodulata e la magistratura di sorveglianza torna a essere in gran parte monocratica per regolare il regime carcerario³⁰⁹.

La legge ha eliminato la competenza collegiale del Tribunale di sorveglianza in tema di approvazione del programma di lavoro esterno e concessione di permessi premio per i condannati per particolari delitti e ha esteso il regime transitorio a tutti i benefici penitenziari, inclusi il lavoro esterno e il permesso premio.

Il nuovo assetto normativo dei benefici penitenziari ha introdotto importanti modifiche, ma è difficile prevedere le ricadute che avrà sul concreto trattamento penitenziario dei detenuti. L'eliminazione dei delitti contro la pubblica amministrazione dall'elenco dei reati "ostativi" segna una prima inversione di tendenza verso la segregazione del detenuto dai benefici di legge. Il protocollo che compone il complesso delle modalità esecutive dei benefici è particolarmente articolato e prevede prescrizioni per impedire il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

La disposizione che prevede prescrizioni per impedire il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva lascia al giudice

³⁰⁹ Cfr. GRIGUOLO M., VALENTINA A., *Ergastolo ostativo: la nuova disciplina risolve i problemi di costituzionalità?*, in *Altalex*, 2022.

un ampio margine di discrezionalità, esposto ai condizionamenti delle informative di polizia. La legge ha anche previsto un upgrading degli adempimenti istruttori, che richiedono informazioni dettagliate sulla persistenza del contesto criminale, il profilo criminale del detenuto, eventuali nuove imputazioni o misure cautelari e infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione. La norma sembra impartire un segnale d'attenzione alla magistratura di sorveglianza affinché sia particolarmente attenta e rigorosa nell'esame delle istanze dei detenuti³¹⁰.

La legge n. 199/2022 ha previsto una deroga all'obbligo di svolgimento dell'istruttoria "rafforzata" per la modifica del provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno o la concessione di un permesso premio da parte di un condannato già ammesso a fruirne, se non sono decorsi più di tre mesi dal provvedimento di concessione del primo permesso premio. La partecipazione "a distanza" dei pubblici ministeri extradistrettuali alle udienze del tribunale di sorveglianza che riguardano la concessione dei benefici ai condannati per reati di mafia e terrorismo è prevista al comma 2-ter dell'art. 4-bis per garantire una costante vigilanza sul flusso dei detenuti.

Ancora, la legge n. 199/2022 ha esteso il regime transitorio di ultrattività dell'istituto della impossibilità-inesigibilità di utile collaborazione a tutti i benefici penitenziari con la modifica all'art. 3, comma 2, primo periodo del D.L. n. 162/2022. La modifica riguarda un inciso della norma originaria e permette di estendere il regime transitorio a tutti i benefici penitenziari³¹¹.

La novella ha ricadute pratiche evidenti per i condannati non collaboranti per delitti ostativi commessi prima del 31.10.2022. La non applicazione del "nuovo regime" rappresentato dalle condizioni previste dai nuovi commi dell'art. 4-bis e l'applicazione del regime transitorio rappresentato dall'integrazione dei presupposti di impossibilità o inesigibilità di collaborazione con la giustizia unitamente all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata secondo la previsione del vecchio comma 1-bis, sarà

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ *Ibidem.*

accertato per tutti i benefici penitenziari e non solo per le misure alternative alla detenzione e la liberazione condizionale.

Ciò significa che il regime transitorio sarà applicato anche per il lavoro esterno e i permessi premio.

9. Le problematiche poste dal provvedimento del governo

La riforma legislativa non è esente da rilievo. Anche se le ultime modifiche apportate alla conversione sono apprezzabili, la vera novità della riforma è stata introdotta attraverso il decreto d'urgenza, che ha elencato le nuove condizioni di accesso nei commi 1-bis e 1-bis.1. Questo aspetto sostanziale non è stato modificato e dovrà essere affrontato quotidianamente³¹².

Alcuni profili critici sono significativi. Anzitutto, il sistema attuale per la concessione di benefici penitenziari e misure alternative non prevede una graduale integrazione delle condizioni che tenga conto delle differenze tra le varie misure, rendendo necessaria una interpretazione adattabile delle disposizioni normative. Questo potrebbe portare a possibili problemi di contrasto con la legittimità costituzionale, soprattutto in relazione alla mancanza di graduazione della revisione critica della condotta criminosa e alla rigidità dell'impossibilità di adempimento delle obbligazioni civili e pecuniarie conseguenti alla condanna. Inoltre, il fatto che le stesse condizioni generali vengano richieste per la concessione di permessi premio, affidamento in prova e liberazione condizionale è singolare, dato che tali misure hanno finalità ed estensioni diverse. Ciò potrebbe comportare situazioni economiche diverse per i detenuti ammessi a tali misure alternative.

In secondo luogo, la questione riguardante la liberazione condizionale si concentra sulla nuova soglia espiale che è stata elevata da 26 a 30 anni. Questa scelta potrebbe rappresentare un peggioramento quantitativo e potenzialmente sollevare dubbi

³¹² Cfr. RICCI A., *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza penale*, 2022, p. 1 s.

riguardo alla sua costituzionalità, come evidenziato dalla sentenza n. 32/2022. Tuttavia, è importante sottolineare che l'introduzione di questa nuova soglia si inserisce in un quadro normativo che rappresenta un miglioramento sostanziale rispetto alla precedente preclusione assoluta dell'accesso alla liberazione condizionale per molti detenuti, poiché ora la preclusione è solo relativa.

Ancora, il sistema di benefici e misure alternative prevede 5 tipologie diverse, ognuna con caratteristiche di contenuto e finalità specifiche. Tuttavia, esistono 3 diversi regimi-statuti di condizioni di concedibilità, tra cui il regime transitorio ex art. 3 d.l. n. 162/2022. Ciò comporta l'esistenza di un unico rito istruttorio formalmente obbligatorio nella sua interezza, ma le prescrizioni acquisitive ed impositive di oneri difensivi sembrano non essere sempre o comunque potrebbero non essere correlate con il thema probandum del singolo caso specifico. In altre parole, il rito istruttorio sembra essere monolitico e non tener conto delle specificità di ogni singolo caso, il che potrebbe comportare una possibile disparità di trattamento tra i detenuti³¹³.

Il Ministero della Giustizia sta considerando interventi urgenti, inclusi interventi normativi, per affrontare le criticità segnalate recentemente. In particolare, si sta valutando la possibilità di rendere procedibili a querela reati contro il patrimonio in contesti mafiosi e altre ipotesi di reato che richiedono provvedimenti cautelari di urgenza.

Saranno anche presi in considerazione interventi per rendere più scorrevole l'applicazione di norme processuali, ad esempio in materia di presentazione dell'appello, eliminando ogni dubbio interpretativo. È importante ricordare che le riforme processuali sono state esaminate dalla Commissione Europea e considerate adeguate per garantire la ripartenza dell'Italia, pertanto qualsiasi modifica dovrà tenere conto di questo percorso.

³¹³ Ivi, p. 11 ss.

Conclusioni

Le riflessioni tratte dall'analisi svolta in questo lavoro pongono l'accento su diverse questioni cruciali riguardanti il sistema penitenziario italiano. Innanzitutto, emerge una netta contraddizione tra le finalità costituzionali della pena, che dovrebbe essere rieducativa e finalizzata alla risocializzazione del detenuto, e la realtà carceraria, caratterizzata da un'organizzazione spesso priva di strumenti e risorse per promuovere effettivamente la rieducazione.

La presenza dell'ergastolo ostativo costituisce un aspetto particolarmente controverso, poiché pone una serie di interrogativi etici e giuridici. Da un lato, vi è la necessità di garantire la sicurezza della società e prevenire possibili recidive da parte di criminali di spicco, come membri di organizzazioni mafiose che rifiutano di collaborare con la giustizia. Dall'altro lato, l'ergastolo ostativo sembra andare contro il principio di rieducazione e risocializzazione, in quanto impedisce qualsiasi possibilità di reinserimento sociale del detenuto.

La giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo ha contribuito a delineare una cornice di tutela dei diritti umani nel sistema penitenziario italiano, richiamando l'attenzione sulla dignità del detenuto e sulla necessità di garantire il rispetto dei suoi diritti anche durante l'esecuzione della pena. In questo contesto, l'importanza della prospettiva delle capacità, che pone l'accento sulla possibilità di ogni individuo di sviluppare appieno le sue capacità e potenzialità, diventa rilevante nel contesto carcerario.

Allo stesso modo, la questione delle condizioni di vita in carcere e la ricerca di un equilibrio tra sicurezza e diritti dei detenuti diventano tematiche centrali per la riforma del sistema penitenziario. Le pronunce giudiziarie che hanno messo in discussione le misure restrittive del regime di carcere duro, come la limitazione della cottura dei cibi in cella, dimostrano la necessità di tutelare la dignità e il trattamento umano dei detenuti.

Infine, la ricerca di soluzioni che favoriscano il reinserimento sociale e la rieducazione dei detenuti risulta fondamentale per costruire un sistema

penitenziario più equo ed efficace. Questo richiede non solo interventi normativi, ma anche investimenti nella formazione e nella preparazione del personale penitenziario, oltre a una maggiore attenzione alla riabilitazione e all'istruzione all'interno delle carceri.

In altri termini, la questione del sistema penitenziario in Italia è complessa e richiede un approccio multiforme che tenga conto dei principi costituzionali, dei diritti umani e delle necessità di sicurezza della società. Solo attraverso un dialogo aperto e un costante sforzo di riforma si potranno intraprendere misure concrete per migliorare le condizioni dei detenuti e per garantire una giustizia penale più equa ed efficace.

La giurisprudenza più recente della Corte costituzionale ha messo in luce la necessità di superare il rigido automatismo e meccanismo di presunzioni assolute in materia di concessioni di benefici penitenziari agli ergastolani condannati per alcuni reati e non collaboranti con la giustizia. Sicuramente ha influito, in questo percorso, la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Viola c. Italia*.

Tuttavia, proprio quando sembrava ormai giunto il momento di smantellare definitivamente il meccanismo summenzionato, la Corte ha probabilmente mancato di coraggio, scegliendo una soluzione più soft, ossia rinviando la trattazione della causa per circa un anno, con conseguente sospensione del giudizio dinanzi al giudice a quo, così da dare la possibilità al legislatore di intervenire in materia.

La Corte, dunque, ha deciso per l'incostituzionalità del meccanismo delineato dal legislatore, ma allo stesso tempo vuole dare tempo e fiducia a quest'ultimo, nella speranza di un intervento riformatore compatibile con la Costituzione che la tolga dall'imbarazzo e la sgravi dall'onere di dover essere essa ad esercitare la sua scure. Sotto il profilo degli equilibri costituzionali, tra gli organi costituzionali, la scelta della Corte costituzionale lascia più di qualche dubbio, in quanto si è deciso di mettere pressione al legislatore piuttosto che di esercitare la funzione di giudice delle leggi come sarebbe stato forse più opportuno.

Dall'altro lato, però, è pur vero che, in tal modo, la Corte costituzionale ha deciso di garantire l'esecuzione delle sentenze oltre il caso di specie, in quanto si invita il

legislatore ad adoperarsi per risolvere quello che viene considerato un vero e proprio *vulnus* nella normativa penitenziaria.

La pronuncia, sotto questo profilo, si giustifica perché dà attuazione del principio di sussidiarietà, per quello che riguarda lo specifico profilo dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU. Come è stato lucidamente osservato, infatti, «se organi diversi riescono a concorrere, ciascuno nel rispetto delle proprie attribuzioni, alla realizzazione delle condizioni in cui gli obblighi convenzionali possono essere più efficacemente adempiuti, ben venga. Rimane fermo che, ove ciò non avvenisse e si tardasse a rimediare al difetto strutturale, la responsabilità, sul piano convenzionale, continuerà a gravare non su questo o quell'organo costituzionale (Camere, Corte costituzionale, giudici comuni), ma sullo Stato italiano nel suo complesso».

Vista da quest'altro punto di vista, dunque, la pronuncia della Corte costituzionale deve essere accolta con favore, in quanto ha interpretato in maniera positiva il suo ruolo, senza intervenire a gamba tesa e in maniera netta su una questione comunque delicata come quella dell'ergastolo ostativo. L'intervento del legislatore, sul punto, rappresenta sicuramente una scelta importante e significativa, i cui effetti, tuttavia, dovranno essere verificati sul campo. L'impressione è che il lavoro della Consulta non sia ancora finito.

Secondo i dati forniti dal Ministro della Giustizia, On. Bonafede, nella Relazione "istituzionale" consegnata alle Camere il 28 gennaio 2021, ci sono 759 detenuti al regime del 41-bis. Di questi, solo 204 sono condannati definitivi, mentre il restante 73% sono ancora indagati, imputati o in posizione mista. Solo 304 sono stati condannati all'ergastolo, quindi il 40% è costituito da detenuti con pene temporanee e non in posizioni di vertice nelle organizzazioni criminali.

La distribuzione dei detenuti tra le varie organizzazioni mafiose è la seguente: 266 affiliati alla Camorra, 210 alla 'Ndrangheta e 203 a Cosa Nostra. Tuttavia, circa il 10% del totale di detenuti al 41-bis appartiene ad altre forme di criminalità organizzata, comprese quelle della Puglia, Sicilia e Lucania.

Le Relazioni del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà del biennio 2016-2018 confermano queste informazioni, con 748 persone ristrette al

41-bis, di cui 10 donne. Il 52% di loro è ancora indagato o imputato, mentre 363 sono condannati definitivi. Preoccupa la durata media del regime, che oscilla tra i dieci e i venti anni per il 26% dei ristretti, con una piccola percentuale soggetta a decreti reiterati oltre i venti anni.

Rispetto alla tipologia di reato, si registra una varietà di casi: 140 con posizione di vertice nell'associazione per delinquere, 538 come partecipi, 20 per omicidio aggravato dal vincolo mafioso, 3 per terrorismo, 20 per associazione per delinquere in materia di stupefacenti e 6 per estorsioni.

Questi dati mostrano una composizione qualitativa diversa rispetto all'originaria impostazione della disciplina del 41-bis e dell'immaginario collettivo. Il DAP (Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria) ha già riconosciuto la necessità di un cambio di rotta nell'azione amministrativa riguardo al 41-bis, puntando a un trattamento più uniforme, proporzionale e umano della pena, come evidenziato nella Circolare del 2 ottobre 2017.

Le prescrizioni del regime del 41-bis, secondo quanto affermato in precedenza, non dovrebbero essere volte a infliggere ulteriore punizione o sofferenza oltre alla pena già comminata. Questo approccio è stato anche sostenuto dalla Corte Costituzionale, che ha recentemente emesso due pronunce (n. 186/2018 e n. 97/2020) dichiarando l'illegittimità delle prescrizioni che vietavano la cottura dei cibi in cella e lo scambio di oggetti tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità (artt. 41-bis).

Queste decisioni sono di particolare importanza poiché non influiscono sulla legittimità del regime del 41-bis in sé, ma sottolineano la necessità di mantenere un equilibrio tra la funzione preventiva di difesa sociale e una disciplina che modifica significativamente le condizioni di vita in carcere e incide sui diritti fondamentali dei detenuti. Quando il pendolo oscilla in modo irragionevole a favore della difesa sociale a discapito dei diritti umani, si verifica una violazione della legalità e della legittimità di tali prassi normative, che devono quindi essere tutelate attraverso il ricorso a procedure giudiziarie. Riguardo al regime ostativo previsto dall'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario, le prospettive future sembrano più favorevoli,

nonostante alcune proposte di centralizzazione della competenza decisionale presso il tribunale di sorveglianza di Roma ventilate dal Governo dimissionario e dalla Commissione parlamentare antimafia. La Corte costituzionale con la sentenza n. 253/2019 ha aperto nuove prospettive, e le prime pronunce in materia stanno emergendo da vari tribunali di sorveglianza, come Perugia, Milano, Sassari e Padova, che stanno gradualmente ridisegnando il percorso extramurario per gli ergastolani ostativi considerati "irriducibili" perché non collaboranti.

La sentenza ha messo in discussione le preclusioni assolute basate sulla pericolosità sociale e ha restituito il potere di valutazione alla Magistratura di Sorveglianza, in netto contrasto con l'approccio legislativo emergenziale. Questo ha portato la Prima Sezione della Cassazione a sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale riguardo alla liberazione condizionale. Sebbene la sentenza n. 253/2019 abbia consentito l'ammissibilità di istanze di permesso premio anche per gli autori di reati "assolutamente" ostativi alla rieducazione, tutte le preclusioni per le misure alternative, compresa la liberazione condizionale, sono rimaste invariate. La sentenza n. 32/2020 ha avuto un ruolo decisivo nel qualificare le misure alternative e le sospensioni dell'esecuzione della pena detentiva come norme di diritto sostanziale, coperte dal principio di legalità sancito all'articolo 25, comma 2 della Costituzione. Questa pronuncia ha riguardato inizialmente la legge Spazzacorrotti sui delitti dei pubblici ufficiali, ma il principio è stato esteso alle norme sull'immigrazione clandestina (come nella Corte costituzionale n. 193/2020) e a tutte le norme penali, inclusa quella sulla liberazione condizionale per i reati commessi prima del decreto legge del 8 giugno 1992, che ha modificato in modo sfavorevole l'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario. Il Tribunale di Sorveglianza di Firenze ha seguito questa prospettiva, pronunciando alcune decisioni particolarmente innovative.

Le visioni future sembrano quindi orientate verso un diritto penitenziario costituzionale, in cui si pone maggiore attenzione sulla tutela dei diritti dei detenuti e sulla considerazione delle misure alternative come parte integrante del sistema di giustizia penale. La sentenza n. 32/2020 ha aperto la strada a una prospettiva più

garantista e rispettosa dei principi costituzionali, sottolineando l'importanza di considerare le condizioni di vita e di trattamento dei detenuti alla luce dei diritti umani e della dignità della persona. Questo cambiamento di approccio potrebbe portare a una revisione più ampia del sistema penitenziario, con una maggiore attenzione alla rieducazione e al reinserimento sociale dei detenuti, oltre alla riduzione dell'uso di misure di sicurezza estreme come il 41-bis e una maggiore valorizzazione delle misure alternative alla detenzione.

I dati forniti riguardo al numero di detenuti al 41-bis e all'ergastolo ostativo ci pongono di fronte a una realtà complessa e delicata. Sorprende il fatto che una percentuale significativa di detenuti sia ancora indagata o imputata, sottolineando la necessità di un esame più approfondito sull'uso e l'applicazione di queste misure restrittive.

Uno degli aspetti più cruciali è l'importanza di rispettare i diritti umani e la dignità delle persone detenute, indipendentemente dalla gravità dei reati commessi. Le recenti pronunce sulla qualificazione delle misure alternative come norme di diritto sostanziale, tutelate dal principio di legalità, rappresentano un passo avanti significativo verso un trattamento più equo e rispettoso dei detenuti.

L'attenzione alla rieducazione e al reinserimento sociale dei detenuti è un tema cruciale. Dobbiamo domandarci se la semplice punizione sia sufficiente a contribuire a un cambiamento positivo nella vita delle persone detenute e nella società in generale. Un sistema penitenziario che tiene conto dell'opportunità di progressione trattamentale e offre misure alternative alla detenzione può promuovere una maggiore rieducazione e prevenire la recidiva.

Queste considerazioni ci portano a riflettere sulla necessità di riformare il sistema penale nel suo complesso. Dobbiamo cercare un equilibrio tra la sicurezza pubblica e il rispetto dei diritti fondamentali dei detenuti. Misure restrittive e di sicurezza devono essere applicate con cautela e solo quando necessario, evitando eccessi che possano minare i principi di giustizia e umanità.

In questo contesto, il ruolo della Corte Costituzionale è fondamentale. Le sue sentenze possono indirizzare il legislatore verso una maggiore attenzione alla

protezione dei diritti dei detenuti e alla costruzione di un sistema penale più equo e rispettoso dei principi costituzionali

In conclusione, è chiaro che il sistema penitenziario italiano affronta sfide complesse e che è necessario un approccio riformatore e garantista. Dobbiamo lavorare per sviluppare politiche e pratiche che promuovano la rieducazione, il rispetto dei diritti umani e l'equilibrio tra sicurezza e dignità delle persone detenute, mirando a un sistema penale costituzionale che possa essere un modello di giustizia e umanità.

La natura rieducativa della pena è un concetto centrale e dibattuto nella filosofia del diritto penale. L'obiettivo teorico della pena è spesso associato a due aspetti principali: la retribuzione e la rieducazione. La retribuzione è basata sul principio del "giusto castigo" per il reato commesso, mentre la rieducazione mira a riformare il condannato, aiutandolo a riconoscere il proprio errore, a prendere coscienza delle conseguenze del suo comportamento e a riabilitarsi, in modo da poter tornare a essere un membro responsabile della società.

Tuttavia, nella pratica, la realizzazione dell'obiettivo rieducativo della pena può essere molto complessa e spesso controversa. La possibilità di rieducazione dipende da diversi fattori, tra cui la gravità del reato, la personalità e la mentalità del condannato, le risorse e gli strumenti disponibili all'interno del sistema penitenziario e le politiche carcerarie adottate dallo Stato.

In molti contesti, i sistemi penitenziari si concentrano più sulla punizione che sulla rieducazione. Il sovraffollamento delle carceri, le condizioni di vita precarie, la mancanza di programmi di rieducazione adeguati e il mancato sostegno post-liberazione possono ostacolare seriamente i progressi verso la rieducazione e il reinserimento sociale dei detenuti.

Una vera rieducazione dovrebbe essere orientata a trattare le cause profonde dei comportamenti criminali, come l'istruzione carente, la povertà, la disoccupazione, la tossicodipendenza o problemi di salute mentale. Inoltre, la rieducazione richiede un'attenzione particolare alla sicurezza dei detenuti e alla prevenzione di ogni forma di violenza o abuso all'interno del sistema carcerario. Quindi, sebbene l'obiettivo

teorico della pena sia la rieducazione, nella pratica la realizzazione di questo obiettivo può essere ostacolata da sfide complesse e dalla mancanza di risorse adeguate.

In Italia vi è spesso uno scarto significativo tra i principi enunciati nella Costituzione e la realtà delle condizioni dei detenuti in carcere. La Costituzione italiana sancisce i diritti fondamentali di tutte le persone, indipendentemente dalla loro condizione giuridica, incluso il diritto alla dignità, alla salute, all'uguaglianza e alla tutela dei diritti umani.

Tuttavia, le condizioni delle carceri italiane hanno spesso suscitato preoccupazione a livello nazionale ed internazionale. Il sovraffollamento, le carenze infrastrutturali, le cattive condizioni igieniche e sanitarie, la violenza e l'abuso all'interno delle carceri sono solo alcune delle problematiche segnalate da organizzazioni per i diritti umani e organismi sovranazionali.

Il sovraffollamento è uno dei problemi più gravi, con carceri spesso sovraffollate e sovraffollamento che mettono a dura prova le risorse e i servizi disponibili, rendendo difficile garantire una adeguata assistenza e un trattamento rispettoso dei detenuti.

Inoltre, la rieducazione e il reinserimento sociale dei detenuti spesso ricevono scarsa attenzione e risorse. La mancanza di programmi di rieducazione, formazione professionale e opportunità di lavoro all'interno delle carceri può ostacolare il percorso di reintegrazione dei detenuti nella società, aumentando il rischio di recidiva.

Ciò che emerge è la necessità di una riforma profonda del sistema penitenziario italiano, orientata a garantire il rispetto dei diritti umani dei detenuti, promuovere la rieducazione e la reintegrazione sociale e ridurre il sovraffollamento. Ciò richiede un impegno congiunto da parte delle autorità, delle istituzioni, delle organizzazioni della società civile e della comunità internazionale per garantire che la Costituzione italiana sia pienamente rispettata e che i diritti dei detenuti siano garantiti in modo effettivo. Al centro di tutto deve esserci la dignità: si tratta di un concetto profondo e significativo che comprende sia il valore oggettivo di ogni vita umana, sia la

libertà di scegliere i propri valori e di essere responsabili delle proprie scelte. La dignità è strettamente collegata all'uguaglianza e alla libertà, e dovrebbe essere riconosciuta come un principio primario, non suscettibile di riduzioni o compromessi.

Nel contesto del trattamento penitenziario, discutere di dignità significa considerare se le condizioni di vita dei detenuti rispettino i requisiti per una vita dignitosa e se la pena dell'ergastolo ostativo sia compatibile con tali condizioni.

Secondo l'approccio delle capacità, la dignità umana richiede il possesso di capacità irrinunciabili e insostituibili, che lo Stato dovrebbe garantire a tutti, rimuovendo gli ostacoli personali e sociali che impediscono la piena realizzazione delle persone. Questo approccio evidenzia che il modello di giustizia basato sull' homo economicus deve cedere il passo a un modello più sensibile ai bisogni e alle vulnerabilità umane. La detenzione in carcere, essendo una privazione della libertà, ostacola l'esercizio e lo sviluppo delle capacità fondamentali.

Nell'ottica del capability approach, sia la pena di morte che l'ergastolo perpetuo vengono considerati come forme "eliminative" di punizione, poiché privano il condannato della possibilità di progettare il proprio futuro e lo intrappolano in un presente immutabile. L'ergastolo, in particolare, priva il detenuto di ogni speranza e prospettiva di cambiamento, negando il suo diritto a un futuro differente dal passato.

In sintesi, l'ergastolo ostativo viene visto come una pena che mina la dignità umana, poiché priva il condannato delle capacità di sviluppare una visione del futuro e di programmare la propria vita in modo ragionato. L'approccio delle capacità e il richiamo alla dignità umana suggeriscono che occorra riconsiderare l'uso di pene così estreme e durature e adottare politiche penitenziarie più orientate alla rieducazione, al reinserimento e al rispetto dei diritti umani dei detenuti.

In definitiva, nell'attuale Stato costituzionale di diritto, il potere di punire, o "ius puniendi," è percepito come una pretesa della società per raggiungere la pace sociale, che costituisce la base di ogni ordinamento giuridico democratico. In un contesto in cui i reati, anche di natura transnazionale, sembrano aumentare

esponenzialmente, l'esigenza di sicurezza è avvertita in modo sempre più forte, spesso traducendosi in un semplice aumento delle pene per i diversi reati. Tuttavia, è importante ricordare che la finalità della pena non è quella di tormentare un individuo sensibile o di "disfare" un delitto già commesso, come sosteneva Cesare Beccaria nel suo celebre saggio "Dei delitti e delle pene". Invece, lo Stato dovrebbe decidere l'entità e le modalità della pena seguendo come unico criterio l'"utile sociale".

Sin da quei tempi, quindi, la pena ha richiesto un utile, una funzione o una finalità che apportino un vantaggio alla società. Questa è una condizione non facile da raggiungere, ma è essenziale, poiché, come sottolineava Montesquieu, "ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità è tirannica". Pertanto, è opportuno considerare il "ius puniendi" con una prospettiva più ampia, in cui la pena sia vista come un mezzo finalizzato sempre alla rieducazione e risocializzazione dell'individuo.

In questo contesto, sorge una domanda legittima: il cosiddetto "carcere a vita", o ergastolo, può essere veramente considerato una soluzione efficace? Questa pena, soprattutto nella forma dell'ergastolo ostativo, solleva dubbi riguardo alla sua compatibilità con l'idea di punizione finalizzata alla rieducazione. La privazione della libertà per il resto della vita di una persona sembra difficilmente conciliabile con la possibilità di una rieducazione efficace e di una reale reintegrazione nella società. Inoltre, l'ergastolo ostativo potrebbe essere visto come una forma di punizione eccessivamente severa e incompatibile con i principi fondamentali dei diritti umani.

Quindi, considerando l'aspetto della rieducazione come obiettivo primario del sistema penale, è fondamentale riflettere attentamente sulla possibilità di alternative al carcere a vita, che possano offrire una vera opportunità di rieducazione e reinserimento sociale per coloro che hanno commesso reati gravi. La ricerca di una giustizia penale più equa e rispettosa della dignità umana dovrebbe essere una costante preoccupazione nelle politiche criminali e penitenziarie di una società democratica. Progettare un sistema penitenziario basato sulla rieducazione e il rispetto dei diritti umani non è un compito facile, ma è essenziale per costruire una

società più giusta e solidale. Le evidenze empiriche mostrano che l'approccio punitivo, basato esclusivamente sulla retribuzione del male commesso, spesso non conduce ai risultati sperati in termini di riduzione della criminalità e di protezione della società.

Al contrario, investire nella rieducazione e nella riabilitazione dei detenuti, fornendo loro strumenti per sviluppare competenze e capacità, può avere un impatto positivo sia a livello individuale che sociale. Questo significa non solo garantire accesso all'istruzione e a programmi di formazione professionale all'interno delle carceri, ma anche promuovere un ambiente carcerario che favorisca il confronto con il passato e la riflessione sui propri comportamenti, incoraggiando la responsabilizzazione del detenuto per le sue azioni.

La rieducazione deve essere intesa come un processo di crescita personale e sociale, volto a favorire il cambiamento positivo e la reintegrazione del detenuto nella comunità. Questo implica anche la possibilità di sconti di pena e di misure alternative alla detenzione, a condizione che il detenuto dimostri un reale impegno verso la rieducazione e la costruzione di una vita libera dalla criminalità.

Tuttavia, è fondamentale sottolineare che il raggiungimento di un sistema penitenziario rieducativo richiede un impegno a livello politico e sociale. La volontà di investire risorse nella riforma del sistema penitenziario e nella formazione del personale penitenziario è un passo essenziale per garantire che il carcere sia effettivamente un luogo di riabilitazione e non di perpetuazione del crimine.

Inoltre, è importante coinvolgere la società civile, le organizzazioni non governative e gli esperti nel processo di riforma, in modo da garantire una prospettiva ampia e diversificata sulle questioni penitenziarie. La collaborazione tra diverse parti interessate può portare a una visione più inclusiva e ad una maggiore consapevolezza sulle esigenze dei detenuti e della società nel suo complesso.

In conclusione, il cammino verso un sistema penitenziario rieducativo e rispettoso dei diritti umani è un processo lungo e complesso, ma è una sfida che la società deve affrontare per garantire una giustizia penale equa ed efficace. Solo attraverso

un approccio umano e solidale si potrà costruire un futuro in cui il carcere sia realmente un luogo di speranza, cambiamento e reinserimento sociale per i detenuti.

Bibliografia

- AMARELLI G., *La continuità politico-mafiosa*, Milano, 2017.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, Milano, 1966.
- APRILE E., *La Consulta ribadisce che le limitazioni ai benefici penitenziari previsti dall'art. 4-bis ord. penit. si applicano ai condannati per il reato di cui all'art. 630 c.p. anche nel caso di riconoscimento della circostanza attenuante della lieve entità. Nota a sent. C. Cost. 12 marzo 2020 n. 52*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2020.
- ARCERI A., *Sull'art. 416 bis ed in particolare sull'uso della forza intimidatrice*, in *Giurisprudenza di merito*, 2, 1995.
- ARDIZZONE S., *L'associazione per delinquere in Italia: rilevanza normativa e caratteristiche strutturali*, in MILITELLO V., PAOLI L., ARNOLD J. (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano-Friburgo, 2000.
- ARLACCHI P., *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'Inferno*, Torino, 2010.
- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971.
- BARGI A., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013.
- BARILLARO M., *Il reato di associazione mafiosa*, Milano, 2011.
- BARTOLI R., *Il carcere come "extrema ratio": una proposta concreta. Relazione al Convegno "La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa", Ferrara, 14-15 aprile 2016*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2016.
- BERNASCONI A., *Indissolubile il legame tra collaborazione con la giustizia e benefici penitenziari?*, in *Cassazione penale*, 1997.
- BERNASCONI A., *Criminalità organizzata (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2009.
- BERNARDI S., *Per la Consulta il divieto di cuocere cibi imposto ai condannati al 41-bis è inutile e meramente afflittivo. Verso un "carcere duro" più umano?. Nota a sent. C. Cost. 12 ottobre 2018 n. 186*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2018.
- BERNARDI S., *Dalla Consulta un'ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell'esecuzione della pena detentiva: definitivamente*

smantellata la disciplina dell'art. 58-quater, co. 4 ord. penit., in Sistema penale, 21 novembre 2019.

BORRACCETTI V., *L'attività di coordinamento del procuratore antimafia*, in MELILLO G., SPATARO A., VIGNA P.L. (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Milano, 2004.

BORRELLI G., *Processo penale e criminalità organizzata*, in SPANGHER G. (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, Tomo I, Torino, 2011.

BORTOLATO M., *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2020.

BORTOLATO M., *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, in *Questione Giustizia*, 2022.

BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in *Atti del convegno di studio "Enrico De Nicola": pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977.

CANCILA O., *Come andavano le cose nel sedicesimo secolo*, Palermo, 1984.

CANEVELLI P., *L'analisi delle singole norme*, in *Diritto penale processuale*, 1998.

CARACENI L., *Tanto tuonò che piovve: incostituzionali gli automatismi ostativi alla concessione delle misure penali di comunità per i condannati minorenni. I riflessi di Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263 sull'assetto complessivo del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121. Nota a sent. C. Cost. 6 dicembre 2019 n. 263*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2020.

CARACENI L., CESARI D., *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

CASAROLI G., *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII, Torino, 1994.

CATANZARO R., *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Bologna, 1991.

CATERINI M., *L'ergastolo in cammino: da Strasburgo a Roma, passando dallo Stato sociale di diritto, sta giungendo al capolinea*, in *La Legislazione penale*, 5, 2020.

CECCANESE G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XVIII, Milano, 2005.

CESARI C., GIOSTRA G., *Sub art. 4 bis*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006.

CESARIS L., *Quali garanzie per il garante dei detenuti? Nota a ord. Trib. Sorveglianza Perugia 27 ottobre 2015*, in *Archivio penale*, 2, 2016.

CONZ A., *Il concorso dei reati ex art. 73 e 74 c.p. problemi applicativi e criteri di formazione del cumulo delle sanzioni, nel rispetto dei limiti degli aumenti delle pene principali. Nota a Cass. sez. I pen. 23 aprile 2004, n. 26270*, in *Cassazione penale*, 2, 2006.

CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010.

CRISAFULLI V., *Manuale dei diritti del cittadino*, Roma, 1950.

CRIVELLINI G., *Il nuovo codice antimafia: una fuga dal processo e dallo Stato di diritto*, in *www.stradeonline.it*, 4 ottobre 2017.

D'AMBROSIO F., *Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, vent'anni dopo*, in *Giustizia insieme*, 1, 2012.

DE CESARE C., *Mafia*, in ED., Torino, 1975.

DE FRANCESCO A., *L'estensione delle forme di partecipazione al reato: uno sguardo sistematico su alcune recenti proposte in tema di criminalità organizzata*, in *Ind. Pen.*, 2009.

DELLA BELLA A., *Carcere duro (art. 41 bis)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2008.

DELLA BELLA A., *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex Art. 41 bis o.p.*, Milano, 2016.

DELLA CASA F., *La crisi d'identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperimenti di diritto pretorio e irrisolte carenze organizzative*, in *Cassazione penale*, 2002.

DEL VECCHIO F., *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020.

DE VITO C.G., *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2014.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova, 1989.

DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*. Relazione al Convegno "1975-2015: 40 anni di Ordinamento penitenziario dalla cattedra di Vittorio Grevi", Pavia, 3-4 dicembre 2015, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2015.

D'ONOFRIO M., SARTORI M. *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004.

ELIA L., CHIAVARIO M., *Libertà personale*, Torino, 1977.

EUSEBI L., *La Funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989.

FALCONE G., *Emergenza e stato di diritto*, (1985), in AA.VV., *Interventi e proposte (1982-1992)*, Firenze, 1994.

FALCONE G., TURONE G., *Tecniche di indagine n materia di mafia*, in AA.VV., *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, Milano, 1983.

FANUELE C., *Libertà personale*, in DINACCI F.R. (a cura di), *Processo penale e costituzione*, Milano, 2010.

FIANDACA G., *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Legislazione penale*, 1983.

FIANDACA G., *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro italiano*, 2, 1991.

FIANDACA G., *Misure di prevenzione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XVIII, Torino, 1994.

FIANDACA G., *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995.

FIORELLI P., "Ergastolo (storia)", in *Enciclopedia del diritto*, XV, 1966.

FIorentin F., *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012.

FIorentin F., *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4- bis L. n. 354 del 1975*, in *Giurisprudenza di merito*, 2, 2012.

FIorentin F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013.

FIorentin F., *Preclusioni penitenziarie e permessi premio. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *Cassazione penale*, 3, 2020.

FIorentin F., MARCHESELLI A., *L'ordinamento penitenziario*, Milano, 2005.

FIorentin F., MARCHESELLI A., *Indulto e c.d. scioglimento del cumulo. Nota a App. Venezia 14 agosto 2006*, in *Giurisprudenza di merito*, 5, 2007.

FIORIO C., *Il carcere "duro" tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale. Nota a C. Cost. 28 maggio 2010, n. 190*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010.

FIORIO C., *Il "doppio binario" penitenziario*, in *Archivio penale*, 1, 2018.

FLICK G.M., *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, 2016.

FLORA G., *Misure alternative alla pena detentiva*, in *Novissimo Digesto italiano*, Aggiornamento, V, Torino, 1984.

GAETA P., *Il 'processo di criminalità organizzata' tra frammenti di norme e Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2017.

GAITO A., *Poteri di integrare il merito "post rem iudicatam"*, in *Diritto penale processuale*, 1995.

GALLIANI D., PUGIOTTO A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 4, 2017.

GALLO E., *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996.

GIOSTRA G., *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013.

GIOSTRA G., *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2018.

GONNELLA P., *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, 2019.

GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.

GREVI V., *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 2004.

GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011.

GRIGUOLO M., VALENTINA A., *Ergastolo ostativo: la nuova disciplina risolve i problemi di costituzionalità?*, in *Altalex*, 2022.

GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino 1994.

GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione dell'emergenza in materia penitenziaria*, in *Diritto penitenziario*, 3, 1992.

STORTONI L. (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, II, Torino, 1995.

INGROIA A., *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993.

INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Mulino, 1996.

IOVINO F.P.C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cassazione penale*, 1992.

KALIKA E., *Note dal regime detentivo speciale: il carcere duro e la realtà del 41 bis*, in *Antigone*, 2, 2017.

LA GRECA G., *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975. Linee generali e sviluppo*, in *Diritto e procedura penale*, 1995.

LA GRECA G., *L'applicazione dell'art. 41-bis sotto costante verifica*, in *Diritto penale e processo*, 6, 1997.

LA GRECA G., *Nuove disposizioni sul regime dell'art. 41-bis ord. pen. – commento*, in *Diritto penale e processo*, 6, 1998.

LEGGIERO A., *L'ergastolo "ostativo": una necessità di politica criminale o un'anacronistica crudele ed abnorme punizione di Stato? Nota a sent. C. Cost. 23 ottobre 2019 n. 253*, in *Rivista penale*, 1, 2020.

LEONARDI M., GASPARI M., *La detenzione domiciliare*, Milano, 2017.

LUPO E., *Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, vent'anni dopo*, in *Giustizia insieme*, 1, 2012.

LUPO S., *Storia della mafia dalle origini ai nostri giorni*, Roma, 1993.

MAIELLO V. (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015.

MANCONI L., STEFANO A., CALDERONE V., *Abolire il "carcere duro". Legittimità e limiti del 41-bis alla luce della sua applicazione*, in *Criminalia*, 2016.

MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2013.

MANGANESE S., RISPOLI E., *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2016.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, ed. a cura di NUVOLONE P., PISAPIA G.D., Torino, 1985.

MARANDOLA A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e di stalking*, in *Diritto penale processuale*, 8, 2009.

MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000.

MARTUFI A., *Il "carcere duro" tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?. Nota a C. Cost. 12 ottobre 2018, n. 186; Corte eur. Dir. Uomo sez. I 25 ottobre 2018 (Provenzano c. Italia)*, in *Diritto penale e processo*, 2, 2019.

MAZZUCA J., *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *www.federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 3, 2020.

MENDITTO F., *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (cd. codice antimafia) e della confisca allargata*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015.

MENGHINI A., *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2020.

MENGOZZI M., *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2020.

MIGNOSI P., *Profili e problemi*, Palermo, 1927.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

MOROSINI P.G., *Le infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici: Associazione per delinquere e concorso esterno di politici e di imprenditori*, in MILITELLO V., PAOLI L., ARNOLD J. (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano, 2012.

MUSACCHIO V., DI TULLIO D'ELISIS E., *Ergastolo ostativo: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354. Nota a sent. C. Cost. 23 ottobre 2019 n. 253*, in *Rivista penale*, 11, 2020.

NEPPI MODONA G., *L'associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Studi in memoria di G. Delitala*, II, Milano, 1984.

NEPPI MODONA G., *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello Stato*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984.

NEPPI MODONA G., *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XVIII, Torino, 1995.

NEPPI MODONA G., *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e incompatibilità convenzionale*. Intervento al seminario "Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito", Milano, 16 novembre 2017, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2017.

NIRO M., SIGNORINI M., *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, Milano, 2010.

NISTICÒ M., PERRONE D., *Decisioni della Corte costituzionale (da n. 128/2010 a n. 222/2010) - Osservazioni a prima lettura. Rassegna di giurisprudenza*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2010.

NOTARO D., *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena. Nota a sent. C. Cost. 26 febbraio 2020 n. 32*, in *Diritto penale e processo*, 7, 2020.

PALAZZO F.C., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.

PALAZZO F.C., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985

PALIERO C.E., *Riforma penale e dinamica delle fonti. Una paradigmatica*, in PAPA M. (a cura di), *La riforma della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2005.

PAVARINI M., *Le conseguenze giuridiche del reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001.

PAVARINI M., GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004.

PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000.

PELISSERO M., *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2018.

PELISSERO M., *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale. Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253*, in *La Legislazione penale*, 3, 2020.

PEPINO L., *Il “caso Cospito”: sciopero della fame, 41 bis ed ergastolo ostativo*, in *Altalex*, 2023.

PETRINI M., *Profili processuali delle misure ablativo fra codice antimafia e giusto processo*, in *Archivio penale*, 2, 2016.

PETTA M., *Reati associativi e libertà di associazione, in Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, 2000.

PEZZINO P., *Stato violenza e società. Nascita e sviluppo del paradigma mafioso*, in AYMAR DM., GIARRIZZO G., *La Sicilia*, Torino, 1987.

POLIDORO R., *La riforma dell'ordinamento penitenziario: lavoro, minorenni, assistenza sanitaria e vita penitenziaria. I decreti legislativi 2 ottobre 2018, numeri 124, 121, 123*, Torino, 2019.

PRESUTTI A., *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in ID. (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999.

PUGIOTTO A., *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/ 2018)*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2018.

PUGLIA G.M., *Il “mafioso” non è un associato per delinquere*, in *La Scuola Positiva*, 1930.

RAIMONDI S., *Le misure alternative alla detenzione: le istanze del condannato*, Milano, 2013.

RANIERI E., *Commento a Corte cost., 6 febbraio – 2 marzo 2018, n. 41*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e sistema processuale penale. L'elaborazione giurisprudenziale del 2018*, Milano, 2018.

RICCI A., *“Collaborazione impossibile” e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto “ostativo”*, Padova, 2013.

RICCI A., *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza penale*, 2022.

ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985.

RONCO D., TORRENTE G., *Pena e ritorno. Una ricerca su interventi di sostegno e recidiva*, Milano, 2017.

RONCO M., *Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in RONCO M., ROMANO B. (diretto da), *Codice Penale Ipertestuale*, Torino, 2012.

RONCO M., *L'art 416-bis nella sua originale e nella sua attuale portata applicativa*, in ROMANO B., TINEBRA G. (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013.

SALVI G., *Funzione e poteri del procuratore nazionale antimafia*, in *Cass. pen.*, 1992.

SAVASTANO L., *Nuovi metodi di contrasto alla criminalità transnazionale: l'asset freezing europeo*, in www.asaps.it, 2020.

SCIUMÈ A., *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, Milano, 2013.

SECHI S., *La trattativa Stato-mafia sul carcere duro: i governi Andeotti e Amato: tra riforme eversive e cedimento*, Milano, 2016.

SIRACUSANO F., *“Cronaca di una morte annunciata”: l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della “riforma tradita”*, in *Archivio penale*, 3, 2019.

TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.

TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis della legge sull'ordinamento penitenziario: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto. Nota a Cass. sez. I pen. 10 dicembre 2013, n. 49725*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2014.

TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008.

VASSALLI G., *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale*, Milano, 1964.

VERDE S., *Massima sicurezza. Dal carcere speciale allo Stato penale*, Roma, 2002.

VERNAGALLO E., *La filosofia della pena tra teoria retributiva e teoria rieducativa*, in www.associazionelaic.it, 2019.

VERRINA G.L., *L'associazione di stampo mafiosa*, Milano, 2008.

VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006.

ZAFFARONI E.R., *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in MOCCIA S. (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Napoli, 1999.

ZANOTTI M.C., *Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio*, in *Indice penale*, 2000.