

LEGGE 23 FEBBRAIO 2015 N. 19
DIVIETO DI CONCESSIONE DEI BENEFICI AI CONDANNATI PER
IL DELITTO DI CUI ALL'ART. 416-TER DEL CODICE PENALE (G.U. 5.3.2015 N. 53)

Articolo 1 - Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'articolo 416-ter del codice penale

1. Al comma 1 dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, le parole: «delitto di cui all'articolo 416-bis del codice penale», sono sostituite dalle seguenti: «delitti di cui agli articoli 416-bis e 416-ter del codice penale».

Articolo 2 - Modifica al codice di procedura penale in materia di scambio elettorale politico-mafioso

1. Al comma 3-bis dell'articolo 51 del codice di procedura penale, dopo le parole: «commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-bis», è inserita la seguente: «, 416-ter». La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

COMMENTO
di Antonio Cavaliere

(Professore ordinario diritto penale, Università Federico Secondo di Napoli)

SOMMARIO: 1. Genesi e *ratio*. - 2. Ambito applicativo e contenuti della nuova disciplina. - 3. Considerazioni critiche.

1. La legge 23.2.2015 n. 19 si compone di due soli articoli. L'art. 1 inserisce nell'art. 4-bis co. 1 Op il richiamo all'art. 416-ter Cp, in tema di scambio elettorale politico-mafioso, estendendo, quindi, agli autori di tale delitto il divieto di concessione di benefici penitenziari. L'art. 2 inserisce l'art. 416-ter Cp tra i delitti previsti dall'art. 51 co. 3-bis Cpp, per i quali è prevista l'attribuzione delle funzioni di pubblico ministero ai magistrati delle procure distrettuali antimafia.

Sia nella relazione contenuta nel disegno di legge n. 1344, d'iniziativa del sen. Palma, sia nella relazione orale del sen. Lumia e durante i lavori parlamentari¹, si è fatto espressamente riferimento al nesso tra tale proposta legislativa e la recente riformulazione dell'art. 416-ter Cp, ad opera della l. 17.4.2014 n. 62. Si è affermato di voler porre rimedio ad una lacuna, riconducendo anche l'art. 416-ter Cp, così riformulato, al cosiddetto "doppio binario" penitenziario e processuale, o, meglio, al sottosistema costituito da norme penitenziarie e processuali speciali, applicabili segnatamente – ma non esclusivamente – a determinati delitti di criminalità organizzata. Si intendeva recuperare "coerenza sistematica", superando l'aporia per cui l'art. 4-bis Op era applicabile al delitto previsto all'art. 416-bis Cp ed ai delitti aggravati dal metodo mafioso o dal fine di agevolare associazioni mafiose - art. 7 d.l. 13.5.1991 n. 152, conv. con modif. dalla l. 12.7.1991 n. 203 -, ma non a quello previsto dall'art. 416-ter Cp.

Un ulteriore argomento a sostegno dell'introduzione dell'art. 1 del d.d.l. è stato visto nella necessità di evitare che i recenti provvedimenti legislativi finalizzati alla deflazione carceraria consentissero ai condannati per il delitto di cui all'art. 416-ter Cp di usufruire dei benefici penitenziari esclusi dall'art. 4-bis Op.

Durante i lavori della Commissione Giustizia del Senato, all'originario disegno di legge, costituito dal solo art. 1, è stato aggiunto l'art. 2.

Nella discussione parlamentare al Senato, alcuni interventi hanno sottoposto a critica la simbolicità del provvedimento, stante il ritenuto "indebolimento" del contrasto nei confronti dei patti politico-mafiosi che si sarebbe ormai già cagionato, prevedendo nel nuovo art. 416-ter Cp una cornice sanzionatoria più mite rispetto a quella prevista per l'associazione mafiosa.

Un solo intervento (sen. Manconi) ha rilevato il carattere meramente simbolico del provvedimento prescindendo dal collegamento con la recente modifica dell'art. 416-ter Cp.

Al di là di quanto rilevato, l'approvazione del provvedimento è avvenuta piuttosto celermente e senza particolari contrasti.

2. Come si è accennato, l'art. 1 l. 19/2015 include l'art. 416-ter Cp nella lista dei reati in relazione ai quali si applica l'art. 4-bis Op, introdotto dal d.l. 152/1991, conv. in l. 203/1991 e ripetutamente modificato², secondo cui «l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati» per i delitti ivi elencati «solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della presente legge». Va ricordato che ai sensi del comma 1-bis dello stesso articolo «i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità

¹ Tali atti sono consultabili all'interno del sito internet www.parlamento.it.

² Per una puntuale ricostruzione delle vicende legislative, cfr. per tutti C. Cesari – G. Giostra, *Art. 4-bis*, in V. Grevi – G. Giostra – F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*⁴, I, Padova 2011, 47 ss.

organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale».

Pare opportuno precisare l'ambito applicativo dell'art. 4-bis Op, nella misura in cui ciò risulti rilevante in relazione all'inclusione dell'art. 416-ter Cp tra i reati ivi elencati.

L'art. 4-bis Op si applica ai condannati con sentenza definitiva³ e, nelle ipotesi marginali in cui le misure alternative alla detenzione si applicano pure agli altri detenuti ed internati, anche a questi ultimi⁴.

Ai benefici penitenziari richiamati dall'art. 4-bis Op ed esclusi, per effetto della l. 19/2015, anche in rapporto ai condannati per i reati di cui all'art. 416-ter Cp va aggiunta la liberazione condizionale, conformemente all'art. 2 d.l. 152/1991, conv. con modif. dalla l. 203/1991, come modif. dall'art. 2 co. 28 l. 15.7.2009 n. 94.

Per effetto dell'art. 656 co. 9 lett. a Cpp, nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis Op non opera la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva di cui all'art. 656 co. 5 Cpp⁵.

Occorre inoltre tener presente che l'inclusione dell'art. 416-ter Cp tra i reati elencati nell'art. 4-bis co. 1 Op rende applicabile ai condannati per tale reato - o anche agli imputati, qualora si accolga tale opzione ermeneutica, a nostro avviso da respingere - l'art. 41-bis co. 2 Op.

Nel caso in cui la pena inflitta con la condanna ai sensi dell'art. 416-ter Cp si cumuli con altre pene, secondo il condivisibile orientamento attualmente dominante in dottrina e giurisprudenza il cumulo va sciolto⁶, applicando, quindi, il divieto di

³ A. Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova 2010, 40-41.

⁴ F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa anticustodialistica" agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova 1994, 122.

⁵ A. Corvi, *op. cit.*, 85 ss.; secondo l'Autrice, essa non opera neppure qualora tali condannati collaborino con la giustizia, perché il tenore letterale della disposizione non fa riferimento a tale esclusione. Peraltro, pare ragionevole un'interpretazione teleologica di segno opposto, in quanto la *ratio* dell'esclusione della sospensione dell'esecuzione in rapporto ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis Op risiede nel dato per cui essi sono esclusi dalle misure alternative alla cui immediata fruizione la sospensione dell'esecuzione è preordinata: ma nella misura in cui i condannati per delitti di cui all'art. 4-bis Op collaborino con la giustizia, non si comprende perché si debba escludere la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva.

⁶ Cfr. C. cost., 27.7.1994 n. 361, in *CP* 1995, 502; Cass. S.U. 30.6.1999, Ronga, in *GP* 1999 (II), 164; M. Canepa - S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*⁹, Milano 2010, 499 ss.; L. Filippi - G. Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*², Milano 2007, 200 e 210 ss.; C. Cesari - G. Giostra, *op. cit.*, 74; in argomento v. pure A. Marcheselli - M. Lombardo, *Art. 4 bis l. 26 luglio 1975, n. 354*, in *Leggi penali complementari commentate*, a cura di A. Gaito e M. Ronco, Torino 2009, 656-657.

concessione dei benefici di cui all'art. 4-bis Op alla sola pena inflitta ex art. 416-ter Cp.

Alla domanda se l'esclusione dei benefici penitenziari di cui all'art. 4-bis co. 1 Op si applichi anche nell'ipotesi in cui uno dei delitti ivi elencati sia stato solo tentato viene correttamente data risposta negativa, in virtù del principio di legalità e dell'autonomia del delitto tentato⁷.

Una questione alquanto controversa concerne l'applicazione retroattiva dell'art. 4-bis Op e investe, quindi, direttamente l'art. 1 della legge in commento. All'orientamento giurisprudenziale favorevole all'applicazione retroattiva, secondo cui il principio di irretroattività non si applicherebbe alle norme che regolano l'esecuzione delle pene, si oppone la dottrina prevalente, rilevando fondatamente che tali norme incidono direttamente e concretamente sulla privazione della libertà personale⁸.

Invero, la *ratio* del principio di legalità non si limita alla sola possibilità di conoscere la norma di condotta, bensì si estende alla pena applicabile, che dev'essere prevista esclusivamente dalla legge (riserva assoluta), al momento del fatto (irretroattività), in forma chiara, precisa e tassativa (determinatezza e divieto di analogia); e ciò perché a fondamento del principio di legalità stanno – accanto al principio democratico, alla separazione dei poteri, alla soggezione del giudice e dell'esecutivo alla legge ed all'eguaglianza - finalità irrinunciabili di certezza del

⁷ C. Cesari – G. Giostra, *op. cit.*, 73, ove si rileva come l'applicabilità dell'art. 4-bis Op risulti talora affermata in giurisprudenza nella sola ipotesi – che non riguarda l'art. 416-ter Cp - in cui tale norma, anziché individuare mediante i numeri degli articoli che li prevedono i reati in rapporto ai quali sono esclusi i benefici, si riferisce ai «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste».

⁸ In argomento, cfr. B. Guazzaloca – M. Pavarini, *L'esecuzione penitenziaria*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, Torino 1995, 332-333; C. Cesari – G. Giostra, *op. cit.*, 106-107. In relazione al citato orientamento giurisprudenziale, va tenuta presente in particolare C. cost., sent. 5.7.2001 n. 273, in www.cortecostituzionale.it – cui si rinvia anche per i successivi richiami alla giurisprudenza costituzionale -, considerato in diritto, nn. 5-6, secondo cui la sopravvenuta rilevanza preclusiva della mancata collaborazione con la giustizia non comporterebbe un mutamento *in malam partem* della disciplina della liberazione condizionale, ma di un "criterio legale di valutazione di un comportamento" necessario perché venga ravvisato il "sicuro ravvedimento" e quindi concessa la liberazione condizionale, e pertanto rimarrebbe estranea alla sfera di applicazione dell'art. 25 co. 2 Cost. Al riguardo, va osservato che, da un lato, l'argomentazione della Corte sottintende che un mutamento sfavorevole della disciplina della liberazione condizionale contrasti, invece, con l'art. 25 co. 2 Cost.; e, dall'altro, non è chiaro perché il mutamento sfavorevole di un "criterio legale di valutazione" del "sicuro ravvedimento" non equivalga a mutamento sfavorevole della disciplina della liberazione condizionale.

La questione relativa alla rilevanza dell'art. 25 co. 2 Cost. in rapporto all'art. 4-bis Op viene lambita in C. cost., sent. 11.6.1993 n. 306 - su cui ci si soffermerà tra breve da altro angolo visuale -, considerato in diritto, nn. 12-13. In altre significative pronunce – C. cost., sent. 14.4.1999 n. 137, considerato in diritto, n.2; C. cost., sent. 16.12.1997 n. 445, considerato in diritto, n. 2 - la Corte ha affermato, com'è noto, che la disciplina di cui all'art. 4-bis Op fosse incostituzionale nella parte in cui poteva essere applicata retroattivamente a condannati che avessero già raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, purché non fosse accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

diritto e di garanzia obiettiva della libertà personale, prima che di conoscibilità da parte del singolo.

Il potere punitivo statale non può, dunque, modificare *in peius* dopo il fatto commesso il relativo trattamento sanzionatorio: ed è indifferente che ciò avvenga introducendo con efficacia retroattiva nuove sanzioni penali oppure nuove modalità esecutive delle sanzioni esistenti⁹. In caso contrario, se, cioè, il legislatore potesse aggirare il principio di irretroattività inasprendo la pena, dopo la commissione di un determinato reato, attraverso la previsione di modalità esecutive solo detentive, anziché introdurre una nuova specie di pena rigidamente e inderogabilmente detentiva per quel fatto – una sorta di “reclusione speciale” –, ciò costituirebbe una mera frode delle etichette.

L'art. 4-bis Op, dunque, ad avviso di chi scrive non potrà applicarsi ai condannati per il delitto di cui all'art. 416-ter Cp che abbiano commesso il fatto prima dell'entrata in vigore della l. 19/2015.

Per quel che concerne l'art. 2 l. 19/2015, l'inclusione dell'art. 416-ter Cp nell'elenco dei reati per i quali l'art. 51-bis Cpp prevede l'attribuzione delle funzioni di pubblico ministero ai procuratori distrettuali antimafia comporta l'applicabilità al reato di scambio elettorale politico-mafioso del “doppio binario” procedimentale al quale danno vita diverse disposizioni del codice di rito che si applicano ai procedimenti di cui all'art. 51 co. 3-bis Cpp. Ai procedimenti penali relativi al reato di cui all'art. 416-ter Cp si applicano, quindi, in particolare, l'art. 190-bis Cpp, recante limitazioni alla possibilità dell'esame di testimoni o di imputati in procedimento connesso di cui all'art. 210 Cpp; l'art. 275 co. 3 Cpp, che – anche dopo la recente modifica intervenuta ad opera dell'art. 4 l. 16.4.2014 n. 47 - prevede una presunzione relativa di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere; e l'art. 444 co. 1-bis Cpp, che esclude l'applicazione della pena su richiesta delle parti.

3. L'estensione al reato di cui all'art. 416-ter Cp dell'esclusione dei benefici penitenziari prevista dall'art. 4-bis co. 1 Op suscita riserve sia in considerazione della problematica legittimità costituzionale di quest'ultima disposizione, sia, specificamente, in relazione alla dubbia ragionevolezza dell'applicazione ad estranei all'associazione di una disciplina basata sull'idea di scardinare “dall'interno” le associazioni mafiose, attraverso una coazione a collaborare rivolta agli appartenenti a tali associazioni.

Sotto il primo profilo, l'art. 4-bis Op - norma centrale del cosiddetto “doppio binario” (processuale e) penitenziario creato dalla legislazione emergenziale degli anni 1991-1992 in relazione a reati di criminalità organizzata ed esteso ad un novero eterogeneo di altri reati¹⁰ - è stato sottoposto a critica fin dalla sua introduzione,

⁹ Non sembra condivisibile, dunque, la tesi compromissoria secondo cui il principio di irretroattività dovrebbe valere anche per le norme in tema di esecuzione della pena, ma andrebbe riferito ad un momento successivo alla commissione del reato, quale, ad es., il momento in cui la sentenza di condanna divenga definitiva o lo divenga la sentenza del tribunale di sorveglianza che conceda il beneficio penitenziario successivamente escluso da una nuova legge, cfr. B. Guazzaloca – M. Pavarini, *op. cit.*, 332-333, con ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰ C. Cesari – G. Giostra, *op. cit.*, 58; L. Filippi – G. Spangher, *op. cit.*, 195; V. Grevi, *Premessa. Verso un*

innanzitutto a causa della sua incompatibilità con il finalismo rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost¹¹. Infatti, com'è arcinoto in dottrina, del trattamento rieducativo è parte essenziale la previsione di misure extramurarie, volte a limitare gli effetti desocializzanti e degenerativi del carcere e ad accompagnare gradualmente il condannato verso il reinserimento sociale, favorendo i contatti con l'ambiente esterno¹².

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha invece evocato la nota concezione polifunzionale della pena per legittimare l'art. 4-bis Op sulla base di problematiche finalità di prevenzione speciale negativa ("difesa sociale") e di tipo repressivo-deterrente¹³. Ma, data la coesistenzialità appena richiamata delle misure alternative alla detenzione in rapporto al finalismo rieducativo, l'esclusione dall'accesso a tutte le misure alternative eccetto la liberazione anticipata - che, peraltro, rappresenta uno sconto di pena fondato sulla diversa *ratio* di incentivare il condannato a tenere una condotta non conflittuale all'interno del carcere - e dalla fruizione della liberazione condizionale non costituisce semplicemente una mera "compressione" del finalismo rieducativo, bensì la sua negazione.

A ciò va aggiunto che, com'è noto, l'esclusione dall'esecuzione extramuraria non è fine a sé stessa, ma risulta strumentale ad indurre il condannato alla cosiddetta collaborazione di giustizia¹⁴, che andrebbe più propriamente definita quale collaborazione premiata all'accusa¹⁵. La ricerca di sterile afflittività - eventualmente rafforzata dal regime detentivo di cui all'art. 41-bis co. 2 Op, anch'esso di assai dubbia legittimità costituzionale - rappresenta una coazione tutt'altro che "soave" a

regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia, a cura del medesimo, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., 7; A. Bitonti, *Doppio binario*, in *DigDPen*, Agg. III, 2005, 393 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici. In argomento, cfr. pure B. Guazzaloca, *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premiabilità" e "degiurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano 1995, 141 ss.; R. Orlandi, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al "grande processo"*, ivi, 83 ss.

¹¹ In senso critico, tra gli altri, spec. B. Guazzaloca - M. Pavarini, *op. cit.*, 334-335; v. pure A. Corvi, *op. cit.*, 33.

¹² Secondo una felice formulazione, «educare il condannato a condurre una vita conforme alla legge nel clima di libertà offerto dallo stato di diritto è un obiettivo difficilmente raggiungibile mediante la negazione di ogni tipo di libertà»: cfr. C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998, 47.

¹³ C. cost., sent. 11.6.1993 n. 306, cit., considerato in diritto n. 10.

¹⁴ Sul punto, cfr. magistralmente M. Nobili, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli 1999, 234-235; v. pure F. Della Casa, *op. cit.*, 117; V. Grevi, *Premessa*, cit., 14; A. Presutti, *"Alternative" al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di A. Presutti, Milano 1994, 63-64.

¹⁵ In argomento, cfr. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*², Napoli 1997, 176 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; sia consentito rinviare pure al nostro *Associazione di tipo mafioso*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 482 ed *amplius* 470 ss..

collaborare¹⁶. E ciò non ha nulla a che vedere con la concezione polifunzionale della pena richiamata dalla Corte costituzionale, ma costituisce un mero arnese inquisitorio.

Non è neppure possibile conciliare con l'idea rieducativa la disciplina vigente asserendo che la collaborazione premiata all'accusa sia indice di un processo rieducativo e che, al contrario, la mancata collaborazione sia indice di mancato avvio di tale processo: di per sé la collaborazione "di giustizia" può essere dovuta a meri calcoli utilitaristici¹⁷ e, al contrario, un processo rieducativo in atto può coesistere con la mancata collaborazione, dovuta magari e del tutto ragionevolmente - come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale - al timore di rappresaglie da parte di temibili organizzazioni criminali¹⁸.

Il principio rieducativo risulta violato anche sotto un ulteriore profilo, connesso all'art. 3 Cost.: la finalità rieducativa dovrebbe valere per tutti i condannati, senza esclusione, e sotto tale profilo va richiamato il principio dell'eguaglianza del trattamento, con il quale contrasta diametralmente l'art. 4-bis Op¹⁹. Incidentalmente va ricordato che una tale negazione della validità dell'art. 27 co. 3 Cost. per tipi d'autore - con il corollario secondo cui la pena, in relazione ad essi, risulta orientata a finalità retributivo-deterrenti o di neutralizzazione²⁰ - risulta comprensibile solo alla stregua di un incostituzionale "diritto penale del nemico", che neghi ai condannati o addirittura agli imputati per taluni reati la qualità di persone cui vanno riconosciute tutte le garanzie individuali sancite dalla Costituzione, senza alcuna eccezione. La differenziazione del trattamento non contrasta con l'art. 3 Cost. nella

¹⁶ Nega apoditticamente una tale coazione, sostenendo che l'esclusione dalle misure alternative sia condizionata ad una "scelta" del condannato, C. cost., sent. 7.2.1994 n. 39, considerato in diritto, n. 4. Similmente pure C. cost., sent. 9.4.2003 n. 135, considerato in diritto, n. 4, che su tali basi esclude il contrasto dell'art. 4-bis Op con l'art. 27 co. 3 Cost., giacché il condannato può liberamente scegliere di collaborare, così da rimuovere quell'esclusione dalle misure alternative che ne ostacola la rieducazione.

¹⁷ Cfr. C. cost., sent. 11.6.1993 n. 306, cit., considerato in diritto n. 9: «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». V. pure B. Guazzaloca - M. Pavarini, *op. cit.*, 352.

¹⁸ Cfr. C. cost., sent. 11.6.1993 n. 306, cit., considerato in diritto, n. 13: «La mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere (...) conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare». V. pure F. Della Casa, *op. cit.*, 124-125; B. Guazzaloca - M. Pavarini, *op. cit.*, 352; A. Presutti, *op. cit.*, 82 ss. e, con efficace sintesi, C. Cesari - G. Giostra, *op. cit.*, 59: «Collaborazione e rieducazione non si implicano reciprocamente».

¹⁹ Cfr. in proposito M. Canepa - S. Merlo, *op. cit.*, 485, con la precisazione secondo cui, dopo la sentenza di condanna, il trattamento va differenziato avendo riguardo esclusivamente al comportamento ed all'evoluzione della personalità del condannato in rapporto alla sua pericolosità e - si può aggiungere - ai progressi sul piano della rieducazione; C. Cesari - G. Giostra, *op. cit.*, 58-59.

²⁰ In tal senso, nella dottrina italiana, G. Marinucci - E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2004, 13: «La rieducazione deve inoltre cedere il passo alla neutralizzazione del condannato, qualora questi non sia suscettibile né di essere reinserito nella società attraverso l'esecuzione della pena, né appaia sensibile ai suoi effetti di intimidazione-ammonimento. Emblematico il caso di molti esponenti di spicco della criminalità organizzata, dalla mafia alle organizzazioni terroristiche».

misura in cui sia funzionale al perseguimento di finalità costituzionalmente imposte dall'art. 27 co. 3 Cost., ma in tal caso deve dipendere dalla necessaria individualizzazione del trattamento stesso e non può, quindi, ricollegarsi all'astratto titolo di reato per cui si è condannati; la stessa Corte costituzionale ha paventato la costruzione di tipi d'autore su tali basi²¹.

Per altro verso, anche l'art. 24 co. 2 Cost. risulta violato attraverso la disciplina di cui si discute: infatti, per effetto di essa «la regola processuale del *nemo tenetur se detegere* resta sconosciuta, almeno per i reati di cui all'art.4-bis ord.penit, nella fase dell'esecuzione penale, dove vige, all'opposto, l'incivile brocardo *carceratus tenetur alios detegere*»²². Sotto tale profilo l'art. 4-bis Op contrasta pure «con i caratteri fondamentali di un processo civile che tutela la libertà morale della persona»²³. Ma l'art. 24 co. 2 e l'art. 27 co. 2 Cost. risultano violati anche nella misura in cui, nella prima parte dell'art. 4-bis co. 1-bis Op, si condiziona l'ammissione ai benefici penitenziari, nel caso dell'impossibilità di un'utile collaborazione processuale, all'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»: una tale prova negativa risulta infatti diabolica ed incombe sostanzialmente, con un'inversione dell'onere probatorio, sul condannato²⁴.

Da altro angolo visuale, appare dubbia, come si è accennato, la ragionevolezza dell'applicabilità dell'art. 4-bis Op all'art. 416-ter Cp. Quest'ultima disposizione risulta di per sé problematica, trattandosi della punizione, in deroga all'art. 115 Cp, ma soprattutto in contrasto con il principio costituzionale di necessaria offensività, del mero accordo criminoso non eseguito. Ma, al di là di ciò, va rilevato come la cornice edittale più mite di quella prevista per il reato associativo di cui all'art. 416-bis Cp e, quindi, per lo stesso cosiddetto concorso "esterno" in associazione di tipo mafioso indica una differente gravità del fatto, alla quale ben avrebbe potuto collegarsi l'inapplicabilità dell'art. 4-bis Op. Non vi era, dunque, alcuna "incoerenza sistematica" cui far fronte.

Certamente, rientra nella discrezionalità legislativa l'opzione politico-criminale dell'estensione della disciplina di cui all'art. 4-bis Op. Ma una tale scelta deve risultare ragionevole: e da questo punto di vista appare dubbia l'applicabilità di una disciplina penitenziaria di rigore mirante a costringere il condannato alla

²¹ C. cost., sent. 11.6.1993 n. 306, cit., considerato in diritto n. 11: «Appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita».

²² L. Filippi – G. Spangher, *op. cit.*, 197; nello stesso senso B. Guazzaloca – M. Pavarini, *op. cit.*, 353. Il rilievo secondo cui non vi sarebbe contrasto con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost., perché la coazione a collaborare riguarderebbe soggetti già condannati – cfr. ad es. A. Corvi, *op. cit.*, 62 – non esclude evidentemente tale incompatibilità con l'art. 24 co. 2 Cost.

²³ L. Filippi – G. Spangher, *op. cit.*, 198.

²⁴ M. Canepa – S. Merlo, *op. cit.*, 498; P. Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., 40; A. Corvi, *op. cit.*, 57-58; B. Guazzaloca – M. Pavarini, *op. cit.*, 309; V. Grevi, *Premessa*, cit., 5-6; A. Presutti, *op. cit.*, 80-81; C. Cesari – G. Giostra, *op. cit.*, 83-84, che puntualmente rilevano anche l'indeterminatezza dell'oggetto stesso della prova, vale a dire i "collegamenti" con la criminalità organizzata.

collaborazione processuale al politico estraneo all'associazione, perché quella disciplina si fonda sulla *ratio* di mirare a scardinare l'associazione dall'interno²⁵, avvalendosi della collaborazione di intranei al sodalizio mafioso che ne conoscano soggetti e meccanismi operativi. Simili conoscenze saranno, naturalmente, molto meno accessibili al politico autore del reato di cui all'art. 416-ter Cp, che si troverà, quindi, nella difficoltà di collaborare e, quindi, di sottrarsi al regime detentivo di rigore. Va aggiunto che in rapporto al politico autore del reato di cui all'art. 416-ter Cp risulta disagevole pure l'applicazione della disciplina di cui all'art. 4-bis co. 1-bis Op, mirante a riconoscere, a condizione che si consegua la prova diabolica dell'inesistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, l'ammissione ai benefici penitenziari qualora la collaborazione sia impossibile o oggettivamente irrilevante. Infatti, l'ammissione ai benefici avviene, salva l'ipotesi di già completo accertamento del fatto, allorché l'impossibilità della collaborazione derivi dalla "limitata partecipazione al fatto criminoso", certamente non riferibile all'art. 416-ter Cp ma, eventualmente, al diverso fatto di cui all'art. 416-bis Cp al quale, però, per definizione il politico *extraneus* non partecipa. Un qualche margine di applicazione – salva sempre la necessità della prova diabolica di cui si è detto – presenta la seconda parte dell'art. 4-bis co. 1-bis Op, riferita alla collaborazione oggettivamente irrilevante, laddove l'ammissione ai benefici penitenziari risulta condizionata al ricorrere dell'ipotesi di cui all'art. 62 n. 6 Cp, mentre l'applicabilità delle attenuanti di cui agli artt. 114 e 116 co. 2 Cp appare pressoché impossibile.

Infine, l'inclusione dell'art. 416-ter Cp tra i delitti di cui all'art. 51 co. 3-bis Cpp ripropone la problematicità del "doppio binario" procedimentale²⁶, oltre che penitenziario, al quale danno vita principalmente – ma non solo, si pensi alla normativa in tema di conoscenza della proroga delle indagini preliminari da parte della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa, art. 406 co. 5-bis Cpp – le già ricordate deroghe in tema di prove, art. 190-bis Cpp, misure cautelari, art. 275 co. 3 Cpp e procedimenti speciali, art. 444 co. 1-bis Cpp. Un'analisi specifica di tali disposizioni esula dai limiti del presente commento.

²⁵ Cfr. A. Corvi, *op. cit.*, 34-35.

²⁶ Problematicità su cui si sofferma, fra gli altri, oltre a M. Nobili, *op. cit.*, 223 ss., G. Giostra, *Il processo penale "contro" la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, *op. cit.*, 155 ss.