

QUESITI

FRANCESCO SIRACUSANO

L'art. 391-bis c.p. e la contiguità alla mafia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 41-bis ord. penit. e la “necessaria” introduzione dell'art. 391-bis c.p. – 3. Presupposto del reato e condizione del “recluso”. – 4. L'art. 391-bis c.p. come nuova ipotesi di “agevolazione”? – 5. I soggetti attivi. – 6. L'ipotesi aggravata prevista dal co. 2 – 7. La tipizzazione “progressiva” della contiguità alla mafia.

1. Premessa

Il tema della contiguità alla mafia, degli interessi compiacenti e degli “scambi” posti in essere tra le varie organizzazioni criminali e pezzi di borghesia¹, viene efficacemente sintetizzato attraverso un'espressione, estremamente suggestiva, utilizzata per racchiudere, appunto, lo spazio “opaco” al cui interno si sviluppano rapporti collusivi e relazioni di complicità con le associazioni mafiose: la c.d. “area grigia”².

Utilizzare questa metafora per descrivere il terreno nel quale si incontrano i sodalizi mafiosi e il mondo delle professioni, delle istituzioni, della politica, dell'impresa e della pubblica amministrazione rappresenta certamente una scelta appropriata dal punto di vista terminologico. All'interno di questo territorio difficilmente delimitabile, il confine tra lecito e illecito è talmente nebuloso da risultare difficilmente distinguibile³. Proprio l'indeterminatezza di questa espressione, l'incertezza dei suoi confini, la difficile demarcazione dell'area si “prestano” efficacemente per ricondurre le ipotesi della contiguità nel contesto della compartecipazione criminosa nell'associazione mafiosa⁴.

¹ Di “borghesia mafiosa” parla soprattutto SANTORO, *Borghesia mafiosa*, in *Dizionario enciclopedico di mafie e antimafia*, a cura di Mareso, Pepino, Torino, 2013, 73 ss., che supera il binomio mafia-classi disagiate evidenziando la coincidenza tra mafiosi e “classe agiata”. All'interno della “borghesia mafiosa” viene ricompreso l'*extraneus* al sodalizio criminale che diventa punto di riferimento nella rete dell'organizzazione e nelle sue attività, svolgendo una precisa funzione nella definizione di nuove strategie di adattamento delle consorterie mafiose, nei rapporti con la società civile, le istituzioni e la politica (AMADORE, *I sovversivi: in terra di mafia la normalità è rivoluzione*, Roma – Bari, 2013, 71). Il concetto di “borghesia mafiosa”, studiato inizialmente dalle scienze sociali, ha fatto “ingresso” anche nel linguaggio giuridico. Nella giurisprudenza è stato utilizzato per individuare i «colletti bianchi che, grazie alle loro relazioni e ai posti di prestigio che occupano nella società civile, colludono con la mafia, in cambio di un ritorno di natura normalmente materiale (...) consentendole, quindi, di moltiplicare la forza espansiva e di penetrazione nei gangli vitali della società» (Cass., Sez. II, 8 aprile 2014, Alvaro e altri, n. 17894, in *Mass. Uff.*, n. 259256).

² Per un'analisi puntuale e dettagliata dell'“area grigia” come territorio della contiguità alla mafia v. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, in *Alleanze nell'ombra. Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, a cura di Sciarrone, Roma, 2011, 11 ss.

³ Sulla problematica distinzione fra lecito e illecito nell'area grigia v. SCIARRONE, *All'ombra delle mafie*, in *Il Mulino*, 2011, n. 3, 404.

⁴ Secondo MANGIONE, *La “contiguità” alla mafia fra prevenzione e repressione: tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 716, «la contiguità è, all'evidenza, un paradigma

Non ci sembra possibile, però, “ridurre” il tema della punibilità dei soggetti “vicini” alla mafia con quello della configurazione del concorso esterno. I rapporti tra i sodalizi criminali e i soggetti ad essi esterni non sempre possono essere “racchiusi” all’interno dello schema previsto dagli artt. 110 e 416-*bis* c.p.⁵.

La dimensione e la complessità di queste relazioni dovrebbero essere, infatti, necessariamente “gestite”, dal punto di vista penalistico, da un sistema normativo estremamente preciso e puntuale. Sappiamo come accanto al delitto di associazione di stampo mafioso non sia stata individuata – almeno fino ad ora – alcuna fattispecie per punire la “generica agevolazione”, ma particolari e specifiche ipotesi di “vicinanza” dell’*extraneus* al sodalizio criminale, con l’obiettivo, non sempre dichiarato, di tentare di contrastare le forme di fiancheggiamento alle associazioni mafiose. Questo percorso normativo potrebbe apparire come l’espressione di un disegno organico di contrasto alla contiguità alla mafia, attraverso «il controllo legale su aree della vita sociale ritenute maggiormente esposte ai condizionamenti criminali, sperimentando all’uopo anche soluzioni *ad hoc* in relazione al peculiare settore preso di volta in volta in considerazione»⁶. Ma sono proprio le modalità, i tempi e le forme di questa “costante” e “progressiva” tipizzazione delle diverse “dimensioni” della collusione con le organizzazioni mafiose che, invece, fanno pensare a scelte dettate da logiche emergenziali, fortemente simboliche. In effetti, sotto l’influsso decisivo di eventi contingenti⁷, il legislatore ha proceduto – e continua a procedere – alla tipizzazione della varie forme di contiguità alla mafia⁸. I

di genere, evanescente nei suoi contorni e dal contenuto ricco di sfumature; appartiene infatti a quella classe di concetti che si rivelano – e non solo all’atto pratico – dei vuoti contenitori buoni per tutte le esigenze. Se è vero che essa, come formula linguistica, non risulta positivizzata in alcun testo di legge (...) è ancor più vero che il suo valore semantico è comunque reso (...) sul piano della repressione, dallo schema del concorso esterno nell’associazione criminale». V. pure GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1186, per il quale «il settore della contiguità rappresenta il terreno privilegiato all’interno del quale cercare di individuare ipotesi di concorso esterno all’associazione di tipo mafioso».

⁵ Sul punto v. le considerazioni di DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1285 ss.

⁶ Secondo VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 245, saremmo in presenza di «prodotti legislativi dalla fattura affrettata, difettosa, talora perfino maldestra, che conseguentemente rimandano alla ben diversa idea di un legislatore che si avventura nel campo della contiguità alla mafia con poca convinzione (se non con reticenza), in maniera estemporanea, e comunque mai sulla base di meditate e univocamente intelleggibili strategie politico criminali».

⁷ In questo senso v. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziale e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 55, secondo il quale le strategie politico-criminali di intervento sulla criminalità organizzata di tipo mafioso si collocherebbero «quasi sicuramente al di fuori di una precisa consapevolezza da parte del legislatore».

⁸ Per VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 247, vi sarebbero tre differenti moda-

“ricorrenti” pacchetti sicurezza (o gli altri assimilabili interventi normativi contro il crimine organizzato)⁹ consentono un “periodico aggiornamento” delle forme di responsabilità dei soggetti contigui. Una delle ultime novità – solo in ordine di tempo – all’interno di questo percorso legislativo deve essere considerato l’art. 391-*bis* c.p., il delitto di «agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall’ordinamento penitenziario».

2. L’art. 41-*bis* ord. penit. e la “necessaria” introduzione dell’art. 391-*bis* c.p.

Seguendo una pratica oramai consueta, il nostro legislatore, all’interno di una prospettiva di contrasto alla criminalità organizzata, determinata da logiche politiche tese a soddisfare le emergenze di una domanda di penalità proveniente da ampi settori dell’opinione pubblica¹⁰, ha provveduto ad introdurre nel sistema questa ulteriore e specifica ipotesi di “contiguità” alla mafia: con l’art. 2, co. 26 l. 15 luglio 2009, n. 94¹¹ è stato inserito nel Capo II del Titolo III del codice penale, tra i “delitti contro l’autorità delle decisioni giudiziarie”, l’art. 391-*bis* c.p., la fattispecie che disciplina l’“agevolazione ai detenuti in regime di 41-*bis*”¹², ponendo chi consente ad un recluso, sottoposto alle limi-

lità per “tipizzare” la contiguità alla mafia: un primo approccio normativo si ispirerebbe «all’anticipazione ed estensione della punibilità, nel quale andrebbe esclusivamente collocata, a stretto rigore, (...) l’art. 418 c.p. e solo in senso lato la fattispecie incriminatrice dell’art. 416-*ter* c.p.; un secondo, votato piuttosto alla specializzazione e all’aggravamento della tutela penale, di cui sarebbero espressione le aggravanti previste per il favoreggiamento e per ogni altro reato commesso al fine di agevolare l’attività delle associazioni mafiose, nonché il reato di scambio elettorale politico-mafioso nella misura in cui la condotta incriminata si ritenga già punibile ai sensi della legislazione speciale in materia elettorale; un terzo modello, infine, incline a privilegiare le misure di prevenzione patrimoniali come terreno d’intervento potenzialmente sostitutivo e/o preselettivo rispetto al processo penale (...)».

⁹ Secondo DOLCINI e MARINUCCI, *Introduzione*, in *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, a cura di Corbetta, Della Bella, Gatta, Assago, 2009, XXI, «anche i provvedimenti compresi nell’ultimo pacchetto sicurezza condividono la logica dell’emergenza: una logica che ispira riforme adottate a colpi ora di decreti legge ora, come – nel caso della legge n. 94 del 2009 – col ricorso al voto di fiducia su disegni di legge d’iniziativa governativa, evitando così sia il dibattito all’interno del Parlamento – ridotto a organo di avallo delle scelte dell’Esecutivo –, sia un fecondo confronto con la magistratura, l’avvocatura e le università».

¹⁰ In questi termini v. PAVARINI, *Processi di ri-carcerizzazione e “nuove” teorie giustificative della pena*, in *Rass. penit. crim.*, 2000, 118.

¹¹ La l. 15 luglio 2009, n. 94, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, rappresenta il momento finale di un più ampio e articolato “pacchetto sicurezza” e segue due precedenti decreti legge relativi a “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica” (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modifiche, nella l. 24 luglio 2008, n. 125) e a “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori” (d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modifiche, nella legge del 23 aprile 2009, n. 38). Il delitto *de quo*, non previsto nel testo originario del d.d.l. di iniziativa governativa, compare all’art. 35 del d.d.l. S. 733-A, introdotto dalle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato, e viene approvato senza modificazioni nel corso della prima lettura in Senato e nei successivi passaggi parlamentari.

¹² Differenziandosene dagli altri delitti collocati nel medesimo capo perché l’art. 391-*bis* c.p. non preve-

tazioni previste dall'art. 41-*bis* ord. penit., di comunicare con altri, eludendo le prescrizioni appositamente predisposte proprio per evitare i "collegamenti" con altri membri del sodalizio criminale ancora in libertà o ristretti in carcere. La *ratio* di questo intervento legislativo verrebbe proprio individuata nel rischio di elusione delle restrizioni per i reclusi sottoposti al regime del c.d. carcere duro. La nuova incriminazione dovrebbe essere letta "in combinato" con l'art. 2, co. 25 legge n. 94 del 2009, che ha inasprito le limitazioni previste per i detenuti "in regime" di 41-*bis* ord. penit.¹³. Le due novità normative procederebbero in modo parallelo¹⁴ e sarebbero accomunate dallo stesso obiettivo: comprimere le pericolose "smagliature del sistema, attraverso le quali i detenuti in carcere sono capaci, nonostante i vincoli del regime differenziato dell'art. 41-*bis* ord. penit., di indicare e sostenere le scelte operative ed economiche del gruppo di riferimento", in un contesto nel quale "il profilo strategico delle associazioni risulta sempre più legato alle componenti in carcere"¹⁵.

Questo duplice intervento restrittivo sarebbe stato necessario proprio per impedire ai boss reclusi in carcere di discutere strategie e stringere nuove alleanze durante le ore di socialità, di trasmettere ordini e direttive agli affiliati attraverso i colloqui con i familiari o, ancor più frequentemente, con i difensori o

de «alcuna inosservanza della decisione giurisdizionale poiché il soggetto, restando sottoposto alla pena detentiva o alla custodia cautelare in carcere, contravviene ad un particolare ordine di disposizioni concernenti il regime di sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario che è disposto con decreto del Ministro della Giustizia» (PECCIOLI, SCOPINARO, *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, VII, Milano, 2009, 462).

¹³ Per una prima analisi delle novità introdotte dalla legge n. 94 del 2009 al regime detentivo speciale dell'art. 41-*bis* ord. penit., v. BRESCIANI, *Commento art. 2, co. 25, l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Commentario al "pacchetto sicurezza", l. 15 luglio 2009, n. 94*, a cura di De Francesco, Gargani, Manzione, Pertici, Torino, 2011, 278 ss.; DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit., 447 ss.; CORTESI, *L'inasprimento del trattamento sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1075 ss.

¹⁴ Secondo DELLA BELLA, *Art. 391-bis c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, a cura di Dolcini, Marinucci, vol. II, 3° ed., 2011, 4033, questa nuova fattispecie «rappresenta il *pendant* penalistico delle modifiche apportate sul piano del diritto penitenziario, all'art. 41-*bis* ord. penit. dalla stessa legge n. 94 del 2009».

¹⁵ *Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza*, 2008, a cura del Dipartimento Informazioni per la Sicurezza (Presidenza del Consiglio), presentata al Parlamento in data 10 marzo 2009, 34-35. La stessa Relazione (6) delle commissioni permanenti 1° e 2° riunite sul d.d.l. S. 733 indica come obiettivo di «rendere ancor più difficile ai detenuti – in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa – la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza». Secondo PECCIOLI, SCOPINARO, *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, cit., 460, «la presentazione ed approvazione congiunta in sede di Commissione della norma in esame e di quella diretta a modificare l'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario indica la identità di *ratio* generale alla quale le due modifiche all'ordinamento possono essere ascritte».

comunicando con il personale dell'amministrazione penitenziaria¹⁶. Proprio dal carcere, i vertici delle cosche potrebbero impartire ordini e decisioni agli affiliati ancora in libertà. Il regime carcerario restrittivo, previsto per "isolare" coloro che militano in organizzazioni mafiose (o terroristiche) dai propri sodali durante la detenzione rischierebbe, infatti, di essere aggirato (e di fatto viene aggirato) attraverso le complicità più varie (agenti corrotti o compiacenti o intimiditi, difensori organici ai sodalizi criminosi, operatori carcerari, familiari ammessi ai colloqui e persino altri detenuti)¹⁷.

Chiaro l'intento del legislatore di colpire, prima attraverso l'irrigidimento delle prescrizioni previste nell'art. 41-*bis* ord. penit., i detenuti e poi, introducendo questa nuova fattispecie delittuosa, le condotte di quei soggetti che fungendo di fatto da "intermediari" tra i reclusi e il mondo esterno o tra gli stessi detenuti, potrebbero rendere vane le restrizioni apportate al regime del c.d. "carcere duro". Proprio questo irrigidimento sul piano normativo dei contenuti servirebbe da raccordo per una maggiore efficacia del regime speciale nel soddisfare le specifiche esigenze di ordine e di sicurezza cui è preordinato.

In realtà, per quanto attiene al profilo del maggiore rigore introdotto dalla legge n. 94 del 2009, la disciplina del regime speciale previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit. non sembrerebbe aver subito incisive modifiche¹⁸. Le "nuove" prescrizioni contenute nell'art. 2, co. 25, infatti, non farebbero altro che ridurre il numero degli incontri e dei colloqui e limitare le modalità di svolgimento degli stessi, attraverso preclusioni di carattere "quantitativo", senza incidere in alcun modo sulla "qualità" delle comunicazioni – tranne nel caso dei colloqui con i familiari, obbligatoriamente videoregistrati e audioregistrati –, non introducendo limitazioni tali da scongiurare la "circolazione" di messaggi verso l'esterno o verso l'interno del carcere¹⁹.

¹⁶ DELLA BELLA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. nella legge n. 94 del 2009*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di Bellantoni, Vigoni, Corso, Zanetti, Peroni, vol. III, Piacenza, 2010, 27, che individua, fra le ragioni che hanno spinto il legislatore all'inasprimento del c.d. carcere duro, anche «gli episodi eclatanti di detenuti sorpresi a comunicare all'esterno attraverso un computer, un fax o grazie ai favori di singoli agenti di polizia penitenziaria».

¹⁷ Così BRICCHETTI, PISTORELLI, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, in *Guida al dir.*, 2009, 33, 66.

¹⁸ DELLA BELLA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. nella legge n. 94 del 2009*, cit., 32-33, secondo la quale le modifiche introdotte dalla legge n. 94 del 2009 all'art. 41-*bis* ord. penit. non farebbero altro che «sancire in via legislativa ciò che di fatto avveniva già nella prassi».

¹⁹ Le modifiche hanno riguardato la clausola d'esordio dell'art. 41-*bis*, co. 2 *quater*, ord. penit. per un verso arricchendone il contenuto e, per altro, rielaborando la formulazione originaria, inserendo un espresso riferimento a strutture appositamente attrezzate – anche all'interno degli istituti ordinari ed, eventualmente, in un contesto insulare – dove necessariamente "allocare" i detenuti assoggettati al regime speciale. Si è previsto di affidare in via esclusiva alla gestione di "reparti specializzati" (Gruppo operativo mobile della Polizia penitenziaria) la custodia di questi detenuti. Si è intervenuto, poi, tanto sui profili che riguardano i rapporti con l'esterno quanto sugli aspetti che attengono alle occasioni di sociali-

La nuova serie di restrizioni, semmai, potrebbe confermare la “mutazione genetica” subita dall’art. 41-*bis* ord. penit.: da misura preventiva a vera e propria misura afflittiva. Questo regime speciale viene considerato una «forma detentiva autonoma, vera e propria pena parallela (...) una segregazione impermeabile riservata a determinati soggetti, in determinate condizioni, con vincoli e preclusioni dettati in chiave di pura repressione intimidatrice e di prevenzione speciale esclusivamente diretta alla neutralizzazione»²⁰. La sospensione di alcune regole inciderebbe, in questo modo, sulla “durezza” del regime, aumentando e acuendo la “sofferenza” della detenzione, senza garantire, però, che vengano impediti i collegamenti tra il detenuto e gli altri membri dell’organizzazione criminale. Questo trattamento differenziato non sarebbe altro che il semplice riflesso del doppio binario nelle vicende di mafia sotto il profilo della regolamentazione penitenziaria, all’interno di un “sistema a forbice” di politica sanzionatoria, «caratterizzato da un elevato rigore di principio, con forti (o fortissime) mitigazioni per chi collabori con l’autorità di giustizia penale»²¹.

tà interne e alle attività tipiche della permanenza in carcere. Per quanto riguarda i primi, le correzioni apportate alle prescrizioni contenute nella lett. b) del co. 2 *quater* sono relative alla disciplina dei colloqui: ne viene inderogabilmente consentito uno al mese (con i familiari); è previsto il controllo auditivo e la registrazione, oltre che la videoregistrazione; il colloquio telefonico – fermi restando gli originari presupposti di ammissibilità e la cadenza mensile – potrà essere autorizzato solo come “surrogatorio” di quello visivo. Le restrizioni hanno riguardato anche i colloqui con i difensori (sottratti al regime speciale) ma nel limite massimo di tre alla settimana. Con la pronuncia della Corte costituzionale n. 143 del 2013, però, è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell’art. 41-*bis*, co. 2 *quater*, lett. b), ord. penit. limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari».

Con riferimento alle attività interne all’ambito carcerario, dal co. 2 *quater*, lett. f), è stata ridotta a due ore – in origine non poteva superare le quattro – la durata massima della permanenza all’aperto; il numero delle persone di cui possono comporsi i gruppi passa da cinque a quattro; è prescritta, infine, l’adozione di tutte le misure – anche di natura logistica – idonee a impedire, non solo i contatti all’interno del carcere fra detenuti assegnati a “gruppi di socialità” diversi, ma anche lo scambio di oggetti e la cottura di cibi.

Dubbi sull’effettiva utilità delle nuove prescrizioni vengono avanzati da CESARIS, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Pavia, 2010, 16, secondo la quale «si fatica a comprendere la ratio di una disciplina così limitativa, e allo stesso modo è incomprensibile la riduzione del numero dei colloqui con i familiari, dato che comunque si svolgono in locali muniti di vetri divisorii e con citofono per impedire il passaggio di oggetti». Incomprensibile sarebbe, inoltre, «la previsione di un controllo auditivo, che è invece espressamente escluso dall’art. 18 ord. penit.».

²⁰ In questo senso v. PADOVANI, *L’ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, 33, 17. Cfr. sul punto PAVARINI, *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, 272-273, secondo il quale saremmo in presenza «di un eccesso punitivo simbolico (...) una pena fondamentalista, dove prende il sopravvento il vecchio abito antieconomico dell’ostentazione e della dissipazione del potere punitivo», ponendo, in questo modo, «oltre le necessità utilitaristiche di prevenzione».

²¹ PULITANO, *Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata*, in *I reati associativi*, CNPDS, Milano, 1998, 145. Cfr. sul punto FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e*

Il “giro di vite” introdotto dall’art. 2, co. 25, legge n. 94 del 2009 potrebbe limitare le occasioni per violare il sistema, riducendo il numero di incontri, ma non impedirebbe la “circolazione” delle comunicazioni²². Infatti, per quanto attiene, per esempio, alla riduzione del numero dei colloqui tra difensore e detenuto (ipotesi, tra l’altro, come abbiamo già visto, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 143 del 2013), questa non avrebbe potuto rappresentare un “serio” ostacolo all’eventuale “circolazione di messaggi”: avrebbe, semmai, potuto avere un’incidenza soprattutto di tipo “simbolico”, come deterrente di carattere esclusivamente formale alla possibilità di eludere le prescrizioni del regime detentivo speciale. Il sistema preventivo – repressivo dell’art. 41-*bis* ord. penit. lascia aperti, sempre, dei pericolosi varchi, difficili da controllare, dai quali potrebbero transitare messaggi, destinati ad altri detenuti o ai sodali ancora in libertà²³.

Se l’obiettivo della nuova fattispecie è anche quello di rappresentare un momento di deterrenza rispetto ai rischi di elusione delle prescrizioni dell’art. 41-*bis* ord. penit., la norma è introdotta con colpevole ritardo: un delitto così

democrazia, in *Foro it.*, V, 2011, 10-11, che ritiene legittima la presenza di un diritto penale speciale, inteso come «nuovo e potenziato diritto penale della sicurezza», purché realmente al servizio di esigenze di sicurezza effettive e non, invece, artificialmente indotte dal «sistema politico-mediatico». Vi è anche chi ritiene, però, l’art. 41-*bis* ord. penit. uno strumento indispensabile di difesa sociale (DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, 311), secondo la quale «se anche, per ventura, un domani si decidesse di abrogare in toto la disciplina legislativa, esso comunque continuerebbe ad esistere, spostandosi però ad un livello sotterraneo: vivrebbe cioè nella prassi dell’Amministrazione penitenziaria, al di fuori di una regolamentazione legislativa e di un controllo giurisdizionale», risultando estremamente funzionale per contrastare le associazioni criminali. Il regime previsto dall’art. 41-*bis* ord. penit. non sarebbe il regime penitenziario ideale ma, senza di esso, «la detenzione dei capi non avrebbe prodotto alcun nocumento per la dimensione organizzativa della compagine» (ARDITA, *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, cit., 259). Di un istituto dal forte impatto simbolico parla, invece, BRESCIANI, *Commento art. 2, co. 25, l. 15 luglio 2009, n. 94*, cit., 282, quando fa riferimento alla contrapposizione tra segregazione carceraria e premeditazione estrema, riservata ai collaboratori di giustizia, in una visione destinata a «orientare l’esperienza detentiva verso scopi tipicamente processuali».

²² Le modifiche apportate all’ordinamento penitenziario avrebbero l’aria di una scelta di compromesso tra «esigenze di difesa sociale (...) e il rispetto dei diritti fondamentali della persona» (DELLA BELLA, *La riforma dell’art. 41-bis ord. penit. nella legge n. 94 del 2009*, cit., 32).

²³ Sul regime dei colloqui fra difensore e detenuto v. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 316 ss., la quale ritiene che le esigenze di difesa sociale possano legittimare le limitazioni contenute nella legge n. 94 del 2009. Per DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., 256, «la riduzione nel numero dei colloqui settimanali con l’avvocato (...) non pregiudica l’integrità del diritto di difesa del detenuto», ma non può rappresentare una scelta «utile ad impedire, nemmeno parzialmente, il passaggio di informazioni tra il carcere e l’esterno». *Contra* FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2009, 415 e, soprattutto, PULVIRENTI, *Le modifiche al regime sospensivo ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Il penalista*, Milano, 2009, 86, secondo il quale la limitazione del numero dei colloqui «appare mortificante per la categoria forense e lesivo del principio di inviolabilità del diritto di difesa».

“concepito” avrebbe dovuto trovare ingresso nel sistema in concomitanza con la “stabilizzazione” del c.d. carcere duro, intervenuta con la l. 23 dicembre 2002, n. 279 evitando, in questo modo, alla giurisprudenza di svolgere una vera e propria funzione di supplenza, attraverso l’adattamento delle condotte dell’“intermediario” all’interno di ipotesi criminose dalla dubbia compatibilità. Infatti, il pericolo che il detenuto sottoposto al regime del c.d. carcere duro si potesse adoperare per comunicare con l’esterno dell’istituto penitenziario, utilizzando, appunto, un intermediario, per impartire ordini e direttive agli altri sodali liberi, è stato avvertito nella prassi molto prima che venisse introdotto l’art. 391-*bis* c.p.²⁴.

Gli inasprimenti del regime del carcere duro sembrerebbero, così, rappresentare solo il pretesto, l’*occasio legis* per l’introduzione della nuova fattispecie incriminatrice. Si sarebbe approfittato delle modifiche introdotte al regime detentivo speciale per “arricchire” con uno specifico delitto il sempre fertile terreno della contiguità alla mafia.

Sicuramente la *ratio legis* delle nuove prescrizioni previste dall’art. 2, co. 25, legge n. 94 del 2009 è rappresentata dalla finalità di rafforzare i contenuti neutralizzativi/eliminativi del regime detentivo speciale. Il delitto di “agevolazione” non può rappresentare, però, il risvolto penalistico della normativa penitenziaria. Le due modifiche del 2009 possono avere un comune obiettivo, di contrastare e impedire i contatti di alcuni reclusi con il “mondo esterno”, ma non possono essere accomunate dalla stessa *ratio*. Infatti, proprio l’irrigidimento delle regole del regime speciale avrebbe dovuto rendere non più “necessaria” l’introduzione di una nuova fattispecie per punirne le eventuali violazioni²⁵. Il regime del 41-*bis* ord. penit., anche se irrigidito, non potrà evitare le comunicazioni dal o nel carcere. Potrà, semmai, riaffermare la pro-

²⁴ Sull’opera di intermediario fra detenuti sottoposti al regime detentivo speciale ed altri membri della cosca esterni al carcere, svolta dal difensore v. Cass., Sez. V, 12 febbraio 2003, Graviano e altri, n. 20072, in *Guida dir.*, 2003, 28, 91, che ha qualificato il fatto come “concorso esterno”. In questa ipotesi l’avvocato sarebbe stato «latore di messaggi criptati provenienti dalle carceri», impegnandosi, in questo modo, «a tenere contatti tali da assicurare non solo la gestione e la redditività del cospicuo patrimonio della cosca, ma addirittura da far sì che l’attività illecita del sodalizio continuasse a mantenere e ad alimentare quel patrimonio». Nel caso di specie, però, l’attività del difensore non si sarebbe limitata semplicemente al ruolo di intermediario fra il carcere e il mondo esterno, con la “mera” consegna di messaggi, ma avrebbe avuto una portata e un significato molto più ampio, contribuendo in modo rilevante al rafforzamento dell’associazione mafiosa. Un’ipotesi del genere oggi, probabilmente, potrebbe trovare una più corretta collocazione all’interno del nuovo delitto di “agevolazione”, aggravato dall’art. 7 legge n. 203 del 1991.

²⁵ Sempre PADOVANI, *L’ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, cit., secondo il quale «se un regime carcerario come quello dell’art. 41-*bis* ulteriormente inasprito (...) esige il ricorso a una fattispecie *ad hoc* per reprimere pesantemente le comunicazioni elusive delle prescrizioni, v’è da chiedersi quale sia la tenuta effettiva dei comportamenti stagni eretti intorno al detenuto».

pria funzione all'interno di un visione preminentemente afflittiva. Mentre la nuova incriminazione andrà a colmare una lacuna nel complesso e articolato sistema intessuto per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata, allargando la base normativo – repressiva della contiguità alle organizzazioni mafiose.

3. Presupposto del reato e condizione del “recluso”

L'analisi dell'art. 391-*bis* c.p., a dispetto dell'apparente chiarezza della sua formulazione, solleva svariati interrogativi.

I primi dubbi emergono in relazione alla collocazione sistematica, all'interno dei delitti “contro l'autorità delle decisioni giudiziarie”. Probabilmente, la scelta di inserire questa nuova fattispecie incriminatrice tra quelle contro l'amministrazione della giustizia è dipesa dalla circostanza che il contenuto precettivo del reato è fortemente legato allo specifico tenore del provvedimento del Ministro della giustizia con cui viene disposta la sottoposizione del detenuto alle restrizioni di trattamento: proprio da questo “decreto” andrebbe ricavato l'effettivo profilo del vincolo la cui violazione assume penale rilevanza. La norma sarebbe posta a tutela dei provvedimenti dell'autorità (in questo caso dell'autorità amministrativa – il Ministro) e non giudiziaria e delle esigenze di prevenzione speciale legate alla particolare pericolosità dei detenuti sottoposti alla misura. La tutela sarebbe, in questo modo, apprestata non tanto al formale rispetto di un provvedimento dell'autorità ma piuttosto all'interesse sostanziale ad esso sotteso²⁶.

Questa scelta non ci convince. La fattispecie di agevolazione ai detenuti avrebbe potuto trovare una collocazione sistematica più appropriata all'interno del titolo secondo del codice penale, tra i delitti contro la pubblica amministrazione. Infatti, il provvedimento “eluso” è il decreto del Ministro, un atto amministrativo, e come tale, estraneo alla categoria delle decisioni giudiziarie. La classificazione tra i delitti contro la pubblica amministrazione sarebbe stata, in questo modo, più coerente rispetto alla natura del provvedimento “disatteso”.

Il disvalore penale del contenuto della fattispecie non potrebbe, però, essere limitato alla mera inottemperanza di un atto della pubblica amministrazione²⁷.

²⁶ DELLA BELLA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. nella legge n. 94 del 2009*, cit., 38. Cfr. sul punto FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Bologna, 2012, 441. Per analoghe considerazioni v. PALMA, *La legislazione antimafia dopo la legge 15 luglio 2009 n. 94*, in *Riv. pen.*, 2010, 2, 112. Su posizioni diverse MORGANTE, *Commento art. 2, co. 26, l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Commentario al “pacchetto sicurezza”, l. 15 luglio 2009, n. 94*, cit., 300, secondo cui «le esigenze di prevenzione speciale non paiono esaurire la ratio della fattispecie».

²⁷ Infatti, se così fosse, sarebbe possibile la «sussunzione della condotta nel generico ed onnicomprensivo contenitore dell'art. 650 c.p., reato contravvenzionale fortemente sproporzionato per difetto a fronte

L'elusione del provvedimento ministeriale è sicuramente funzionale ad una diversa ed ulteriore aggressione nei confronti dell'ordine pubblico e della sicurezza collettiva, "vere" ragioni per giustificare l'introduzione del nuovo delitto. Ma queste resterebbero sullo sfondo, come *ratio* dell'incriminazione²⁸. L'offesa posta in essere con la condotta di "intermediazione" sarebbe plurima: una iniziale lesione diretta ed immediata alla pubblica amministrazione, strumentale per determinare un successivo pericolo rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza, alla base dell'applicazione delle regole trattamentali.

Altri interrogativi riguardano, poi, i destinatari delle prescrizioni. Nell'intitolato dell'art. 391-*bis* c.p. vengono individuati i soggetti da agevolare nei detenuti e negli internati sottoposti alle particolari restrizioni del regime speciale, ma nel corpo della norma non c'è traccia degli internati. Secondo la terminologia utilizzata nella legge sull'ordinamento penitenziario, con l'espressione "detenuti" si fa riferimento ai soggetti sottoposti a misura cautelare e a quelli in esecuzione di una pena detentiva, mentre con l'espressione "internati" si indicano i soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva. Lo stesso legislatore penale, quando utilizza il termine "detenuti", non si riferisce (come invece avviene nel linguaggio comune) a tutti gli individui privati della libertà personale ma solo agli imputati e ai condannati. Appare, allora, chiaro come non siano sovrapponibili le due "categorie" di soggetti eventualmente destinatari del decreto ministeriale: detenuti e internati rappresentano due realtà diverse carcerarie, non solo dal punto di vista letterale, ma soprattutto per i presupposti e per le condizioni.

È evidente, così, come la mancata indicazione all'interno dell'art. 391-*bis* c.p., accanto ai detenuti, anche degli internati sia frutto di una mera svista del legislatore: le due categorie sono quelle specificamente previste nell'art. 41-*bis*, co. 2, ord. penit., nella parte in cui sono individuati i destinatari del provvedimento di sospensione delle regole di trattamento²⁹. A questa "omissione"

della gravità della violazione delle regole del c.d. carcere duro» (MORGANTE, *Commento art. 2, co. 26, l. 15 luglio 2009, n. 94*, cit., 302).

²⁸ Sulla distinzione tra momenti finali di tutela e momenti solo strumentali v. FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, Roma, 791, secondo il quale «un bene è finale solo quando la sua tutela si giustifica in sé (...) un bene invece è strumentale quando ciò non può dirsi, in quanto logica vuole che esso è tutelato solo in vista di un'ulteriore entità».

²⁹ Dubbi sull'applicabilità del regime detentivo speciale agli internati sono stati sollevati in considerazione della difficoltà di correlare la pericolosità sociale presupposta dalla misura di sicurezza personale detentiva con i requisiti richiesti per l'applicazione del regime del c.d. carcere duro (BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis, co. 2, ord. pen.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino, 2003, 293).

non si potrà, però, ovviare in via interpretativa perché si violerebbe il divieto di analogia in *malam partem*³⁰.

4. L'art. 391-*bis* come nuova ipotesi di "agevolazione"?

La nuova fattispecie incriminatrice dell'art. 391-*bis* c.p. viene ricondotta all'interno dei delitti di agevolazione³¹. Analizzando l'intitolato non sembra possano esserci dubbi: questa previsione normativa rientrerebbe fra quelle in cui la condotta ivi prevista non costituirebbe forma di partecipazione criminosa assolvendo, invece, ad una vera e propria funzione incriminatrice³².

Sappiamo che le condotte di agevolazione sia nella forma della compartecipazione al reato, sia nelle ipotesi in cui accedono ad un fatto tipico, rappresentano contributi che si rapportano ad altre azioni³³. Ma proprio perché il termine "agevolare" viene utilizzato indifferentemente per descrivere due situazioni diverse, nella formulazione di una autonoma figura criminosa avente per nucleo una siffatta condotta, l'esigenza di tassatività fa sì che la norma debba specificare con maggiore rigore il proprio contenuto³⁴.

³⁰ DELLA BELLA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. nella legge n. 94 del 2009*, cit., 40, ritiene che la «svista non è probabilmente destinata ad avere grande importanza sul piano pratico, data l'assoluta esiguità del numero di internati sottoposti al regime detentivo speciale». Secondo MORGANTE, *Commento art. 2, co. 26, l. 15 luglio 2009, n. 94*, cit., 304, però, «l'estrema rarità statistica di casi di internati sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis non sposta né elimina il problema, dal momento che, in un provvedimento nato per prevenire qualunque forma di violazione degli argini del carcere duro, ci si sarebbe attesi che il legislatore punisse qualunque forma di agevolazione dei contatti verso l'esterno di tutti i soggetti destinatari della disposizione dell'ordinamento penitenziario, senza creare vuoti non colmabili a livello interpretativo».

³¹ Così BRICCHETTI, PISTORELLI, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, cit. Dubbi su questa collocazione vengono espressi da MANZONI, *Le novità di rilevanza penale dell'ennesima legge sulla sicurezza pubblica*, in *Leg. pen.*, 2009, 587, secondo il quale la fattispecie sembrerebbe riconducibile «alla più generale categoria del favoreggiamento», anche se «la condotta (...) non presuppone reati», risultando «imputabile solo al mediatore». Sulla difficile decifrazione del sostantivo "agevolazione" o del verbo "agevolare" v. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, 1981, Padova, 3, secondo il quale, proprio su questi termini «la tormentata materia del concorso di persone nel reato mostra tutta la sua inquietante problematicità». Sulla scarsa tassatività delle forme dell'agevolazione v. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 77, per cui «questi concetti nella loro comoda elasticità non possono vantare una grande precisione».

³² STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, cit., 144.

³³ STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, cit., 141. Ci troviamo, insomma, in presenza di condotte che si definiscono non autonomamente ma che acquistano significato dalla relazione che le lega - in modo diverso e in forme non costanti - ad un altrui agire. Rispetto al reato previsto dall'art. 391-*bis* c.p. il termine di riferimento, infatti, della condotta (l'elusione di una prescrizione di carattere amministrativo - decreto del Ministro) non ha un'autonoma valenza penale e la incriminazione di colui che lo ha agevolato serve a punire un fatto altrimenti del tutto atipico.

³⁴ STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, cit., 129, secondo il quale «se nell'ambito del reato concorsuale ci si può accontentare di molto meno, fidando nella struttura organica dell'istituto, laddove l'azione è assunta - da sola - a riempire il precetto, occorre che essa sia ben determinata».

Nell'art. 391-*bis* c.p. il contenuto della norma si discosta da quanto previsto nell'intitolato. La condotta tipica non sarebbe più quella di "agevolare" ma di "consentire". Queste due espressioni si differenzerebbero solo sotto l'aspetto letterale e linguistico o rappresenterebbero, invece, due realtà diverse dell'agire?

Riteniamo che le due condotte non siano equivalenti e sovrapponibili. Infatti, mentre con l'agevolazione si fa riferimento a quel contributo che viene posto in essere per «rendere più facile, cioè meno difficile, ciò che, però, seppure con qualche difficoltà, poteva egualmente avvenire e sarebbe avvenuto»³⁵, con il consentire, invece, l'autore di tale comportamento «rende possibile» la realizzazione di un determinato fatto che, altrimenti, mancando la condotta, non si sarebbe verificato; consentire significa permettere un avvenimento che, in assenza di quello specifico comportamento, non si sarebbe potuto realizzare³⁶. È evidente, in questo modo, come il contenuto offensivo della condotta prevista nel corpo della norma risulti avere uno spessore molto più ampio della mera agevolazione indicata nell'intitolato.

Il fatto tipico disciplinato dalla fattispecie è quello, allora, di "consentire di comunicare con altri". Di permettere, attraverso l'opera di un intermediario, l'elusione delle prescrizioni imposte con il provvedimento del Ministro e, quindi, di far circolare la comunicazione (qualunque sia) all'interno o all'esterno del carcere. La previsione appare volutamente ampia e generica, proprio perché le "modalità comunicative" per eludere le prescrizioni del detenuto sottoposto al regime del 41-*bis* ord. penit. possono essere le più varie. La scarsa precisione della condotta³⁷ può rappresentare una chiara scelta di politica criminale: non si sono volute, appositamente, specificare le modalità di realizzazione del fatto proprio per consentire all'interprete una più duttile ed elastica applicazione della fattispecie. Anche se non tutte le comunicazioni saranno rilevanti per configurare la condotta tipica ma solo quelle vietate. Si punirà, così, una specifica "agevolazione", quella che comporta l'elusione di quelle restrizioni finalizzate a limitare la comunicazione non autorizzata del detenuto con altri soggetti³⁸.

³⁵ Così PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, II, Torino, 1957, 122. Nello stesso senso v. RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 1962, 258, secondo il quale «agevolare significa facilitare ciò che avrebbe potuto egualmente verificarsi».

³⁶ DENORA, *Condotta di agevolazione e sistema penale*, ESI, Napoli, 2006, 85.

³⁷ Secondo DELLA BELLA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. nella legge n. 94 del 2009*, cit., 38, la fattispecie prevista all'art. 391-*bis* c.p., per ciò che attiene la descrizione della condotta punibile, appare «ben lontana da quei canoni di precisione che dovrebbero assistere la formulazione di ogni norma incriminatrice».

³⁸ BRICCHETTI, PISTORELLI, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, cit.

Ma quali sono le comunicazioni non autorizzate? La norma non lo indica, rinviando a generiche “prescrizioni” previste proprio allo scopo di impedire al recluso di comunicare con altri. Dovremo fare riferimento alle disposizioni relative ai colloqui, alle telefonate, alle ore d’aria oppure agli obiettivi presi di mira con la predisposizione di queste restrizioni, cioè impedire i collegamenti tra il detenuto ed altri soggetti?

Se dovessimo attenerci al significato letterale delle espressioni contenute nella fattispecie potremmo concludere che le uniche regole che possono essere eluse riguardano il trattamento del detenuto. Si violerebbero queste prescrizioni effettuando più colloqui di quelli previsti, più incontri, più telefonate o trascorrendo più ore d’aria con altri reclusi. Queste disposizioni nulla dicono, però, sulle “conversazioni” e soprattutto sul contenuto delle “conversazioni”, il cui oggetto non può, ovviamente, essere indicato nel decreto né essere previsto da alcuna regola trattamentale. Le comunicazioni “vietate” in realtà vi potrebbero sempre essere pur rispettando le prescrizioni e le limitazioni contenute nel decreto del Ministro che applica e proroga il regime detentivo speciale³⁹: si potrebbe ottemperare alle regole del trattamento eludendo, al contempo, il divieto di comunicare.

Non può essere questo, allora, il reale significato da attribuire alle “prescrizioni all’uopo imposte”. Anche perché sarebbe estremamente problematico individuare non solo l’autore di queste violazioni, ma pure le “modalità” di tali inosservanze. Il “superamento” delle regole del trattamento potrebbe essere autorizzato, infatti, solo dalla direzione dell’istituto penitenziario, consentendo nuovi colloqui (vietati) o nuovi incontri! Sicuramente non potrebbero consentire al recluso la violazione delle prescrizioni l’avvocato, il familiare e la guardia penitenziaria (se non con l’autorizzazione della direzione). Questi soggetti potrebbero, semmai, solamente, permettere al recluso l’invio di messaggi interni o esterni al carcere, non contribuendo, in alcun modo, a violare le regole imposte dall’art. 41-*bis* ord. penit.

³⁹ Il generico riferimento alle “prescrizioni” potrebbe rendere estremamente complicata l’individuazione della “fonte” delle norme la cui inosservanza è penalmente sanzionata: dovranno essere prese in considerazione le disposizioni dell’art. 41-*bis*, co. 2, ord. penit., quelle contenute nei decreti ministeriali o quelle del provvedimento del direttore dell’istituto competente a concedere in casi eccezionali, ex lettera b) del co. 2 *quater* colloqui con persone diverse dai familiari? Per alcuni autori (PECCIOLI, SCOPINARO, *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, cit., 462-463), allo scopo di evitare possibili contrasti dell’art. 391-*bis* c.p. con il principio di legalità, sarebbe necessario «ricorrere ad un’interpretazione della norma che faccia riferimento alla disciplina legale del carcere duro», in modo da “agganciare” le limitazioni delle comunicazioni penalmente sanzionate alle disposizioni «dettate espressamente dall’art. 41-*bis* ord. penit.». Altri (DELLA BELLA, *Art. 391-bis c.p.*, cit., 4035) ritengono, invece, che non vi sarebbe alcun rischio per ciò che attiene al rispetto del principio di legalità perché coinciderebbero in modo pressoché assoluto i contenuti dei singoli decreti attuativi e dell’art. 41-*bis*, co. 2, ord. penit.

Le “prescrizioni all’uopo imposte” riguardano tutta una serie di restrizioni a cui è sottoposto il recluso nei rapporti con altri soggetti e hanno una portata estremamente circoscritta e specifica. Sono limitazioni che attengono alle modalità di espletamento dei colloqui, alla loro durata, alla loro frequenza, alla loro periodicità; rispetto a questi vincoli sarà sempre possibile comunicare un messaggio da “portare” all’esterno del carcere o da veicolare all’interno della stessa struttura carceraria. Rispettare queste regole del trattamento, insomma, non equivale a impedire la circolazione di comunicazioni⁴⁰.

Indicare, allora, nel corpo dell’art. 391-*bis* c.p. l’inciso “in violazione delle prescrizioni all’uopo imposte” può rappresentare un ostacolo alla corretta applicazione della norma. Nessuna prescrizione – ad eccezione di quelle indeterminate, previste dall’art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lettere a) e f), ord. penit. che hanno come generico obiettivo quello di prevenire contatti con l’organizzazione – vieta le comunicazioni⁴¹. Le regole trattamentali disciplinate dalle lettere b), c), d), e) hanno, invece, un contenuto troppo specifico e dettagliato per poter corrispondere alle “prescrizioni” richiamate dall’art. 391-*bis* c.p. Probabilmente sarebbe stato meglio strutturare la fattispecie in modo più “scarno”, limitandosi ad una formula più generica, individuando la condotta punibile nel più semplice “consentire di comunicare con altri”, eliminando la previsione delle regole del trattamento da eludere e la loro problematica indicazione.

⁴⁰ Infatti, «le restrizioni oggetto di scrutinio non appaiono comunque in grado di neutralizzarne o comprimerne in modo apprezzabile gli effetti» e, per quanto riguarda in modo specifico i colloqui con gli avvocati, «i limiti di cadenza e di durata normativamente stabiliti sono suscettibili, bensì, di penalizzare la difesa, ma non valgono ad impedire, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l’esterno, né a circoscrivere in modo realmente significativo la quantità e la natura dei messaggi che si paventano scambiabili, per il tramite dei difensori, nell’ambito dei sodalizi criminali». Alla limitazione del diritto di difesa «non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell’ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini», così Corte cost. n. 143 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 2164 ss., con nota di RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, e di FIORENTIN, *Regime speciale del “41-bis” e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*.

⁴¹ La disposizione contenuta nella lett. a) del co. 2 *quater*, così come quella prevista nella lett. f), costituisce una vera e propria norma di chiusura dell’intero comma e «consente di adottare restrizioni ulteriori rispetto a quelle elencate nelle lettere successive» (DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., 266). La previsione della lett. a) del co. 2 *quater* sarebbe, addirittura, in grado di vanificare la tassatività dell’elencazione successiva, rendendo solo apparente il rispetto del principio di legalità (PETRINI, *Modifica degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2003, 247). Le disposizioni delle lett. a) e f) sarebbero subordinate «al vincolo funzionale sancito nel co. 2», in cui viene affermata «la legittimità delle sole restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze (ossia quelle di ordine e di sicurezza) e per impedire i collegamenti con l’associazione» (sempre DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., 267).

L'analisi dell'art. 391-*bis* c.p. pone ulteriori interrogativi sul contenuto dei "messaggi". Sarà punita ogni forma di comunicazione, comunque vietata, o solo quelle che per il loro oggetto siano idonee a mettere in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica?

Dal testo della norma non si può evincere, ovviamente, quale contenuto dovrebbe avere il messaggio per rientrare nel novero delle comunicazioni non consentite. In realtà, le "prescrizioni" sono adottate per impedire qualsiasi forma di contatto tra il detenuto e altri soggetti (esterni o interni al carcere), allo scopo di troncare ogni possibile rapporto con l'organizzazione criminale di appartenenza. La condotta punita è quella di eludere le prescrizioni imposte con le quali viene previsto il divieto di comunicare *sic e tunc* e non il divieto di comunicare messaggi pericolosi⁴². L'intermediario commette il reato perché viola le prescrizioni che vietano di comunicare "con altri" e non perché consente la divulgazione di notizie che per ragioni di ordine e sicurezza pubblica non possono uscire dal carcere o raggiungere altri detenuti. Certo, punire ogni tipo di messaggio non sempre può rappresentare un argine efficace e necessario per garantire le esigenze di ordine e sicurezza, perché vi possono essere comunicazioni assolutamente prive di disvalore penale, in nessun caso sintomatiche dell'appartenenza del detenuto all'organizzazione criminale. È la stessa struttura del reato, però, che ci spinge a considerare penalmente sensibili tutti i messaggi e non solo quelli rilevanti per l'ordine e la sicurezza. La fattispecie, infatti, prevede una condotta di "agevolazione" che si concretizza in una semplice violazione di un precetto di carattere amministrativo, in una inottemperanza di tipo contravvenzionale. Siamo in presenza, insomma, di una inosservanza di un dovere extrapenale di controllo che sembra ricalcare lo schema classico delle norme penali in bianco⁴³. Se dovessimo verificare, allora, di volta in volta, l'effettivo disvalore penale del contenuto del messaggio ci scontreremmo con insuperabili ostacoli sotto il profilo probatorio. Come sarebbe, infatti, possibile accertare l'oggettiva criminosità della co-

⁴² Secondo BRICCHETTI, PISTORELLI, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, cit., non sarebbe necessario «che l'oggetto della comunicazione sia intrinsecamente illecito (...) se per l'appunto la prescrizione imposta al detenuto è una generica restrizione dell'attività comunicativa con persone diverse da quelle autorizzate». *Contra* PULVIRENTI, *Le modifiche al regime sospensivo ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., 86-87, per il quale un'interpretazione strettamente letterale della condotta prevista dall'art. 391-*bis* c.p. «potrebbe risultare eccessivamente ampia, tale, cioè da ricomprendere anche situazioni prive di alcuna offensività». Per queste ragioni l'Autore propone «una interpretazione logica della fattispecie, tale per cui le divulgazioni comunicative suscettibili di punizione siano ristrette, per implicita deduzione dalla *ratio* della norma, a quelle idonee a determinare un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica».

⁴³ MORGANTE, *Commento art. 2, co. 26, l. 15 luglio 2009, n. 94*, cit., 302, secondo la quale «il risultato dell'agevolazione non è una condotta penalmente rilevante, bensì la violazione delle prescrizioni ministeriali relative alla limitazione delle comunicazioni con l'esterno, di per sé non costituenti titolo autonomo e specifico di reato».

municazione? Una verifica del genere non potrebbe essere sganciata dalle considerazioni sulla sussistenza del dolo, con l'inevitabile rischio «di limitare fortemente la concreta praticabilità processuale di un delitto destinato a rimanere in gran parte lettera morta»⁴⁴.

Sempre per ciò che attiene all'elemento soggettivo del reato, il legislatore ha previsto esclusivamente la forma dolosa: sarebbe stato possibile disciplinare anche quella, meno grave, di agevolazione colposa? Sicuramente avrebbe consentito di punire tutte quelle condotte poste in essere non dall'intermediario ma dal personale addetto al controllo dei detenuti, che per incuria nella sorveglianza avrebbero "permesso" il contatto vietato e la circolazione del messaggio. Un'ipotesi colposa, quindi, necessariamente concorrente col fatto tipico doloso dell'intermediario; in casi, quindi, marginali e di difficile dimostrazione, nei quali la comunicazione sia giunta al destinatario per la negligenza della guardia penitenziaria o di altri soggetti preposti al controllo.

Insomma, un'agevolazione caratterizzata dall'omesso impedimento di una condotta delittuosa realizzata dolosamente da altri⁴⁵. Ma in questo caso sarebbe stato necessario anche individuare uno specifico garante al quale ricollegare l'omesso controllo, rendendo l'ipotesi colposa applicabile solamente a soggetti qualificati⁴⁶.

5. I soggetti attivi

Il raffronto fra le restrizioni apportate al regime detentivo speciale e l'art. 391-*bis* c.p. fa emergere un dato inequivocabile. Se la *ratio* dell'art. 41-*bis* ord. penit. è stata individuata nell'«esigenza di contrastare il fenomeno mafioso e, in particolare la capacità delle organizzazioni criminali di gestire le attività criminose e i rapporti con l'esterno anche dal carcere»⁴⁷, il delitto di "agevolazione" difficilmente potrà rappresentare un'efficace deterrente per evitare le violazioni delle regole di trattamento. Infatti, relativamente ai soggetti attivi, con l'esclusione dei familiari e dei difensori, le cui occasioni di "contatto" con il detenuto, utili per ricevere un messaggio, sono specificamente scandite dall'art. 41-*bis* ord. penit. e dal decreto applicativo, i momenti di "incontro" per tutti gli altri possibili "intermediari" (gli agenti della polizia penitenziaria,

⁴⁴ O rischio ancora più grave, di ricorrere, presumendo la sussistenza del dolo, «al criticabile *cliché* del dolo *in re ipsa*» (MORGANTE, *Commento art. 2, co. 26, l. 15 luglio 2009, n. 94*, cit., 305).

⁴⁵ Così ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 17 ss.

⁴⁶ Ancora MORGANTE, *Commento art. 2, co. 26, l. 15 luglio 2009, n. 94*, cit., 302, favorevole all'introduzione dell'ipotesi colposa, che avrebbe evitato «di aggravare oltre misura l'onere probatorio della coscienza e della volontà di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie».

⁴⁷ CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 118.

gli operatori sociali, gli educatori, il personale sanitario, i sacerdoti) non possono essere sottoposti ad alcun tipo di controllo, non subendo limitazioni di carattere quantitativo e potendo avvenire in ogni momento.

Il testo della norma non ammette dubbi di sorta: l'autore della condotta tipica è l'intermediario, solamente colui il quale riceve il "messaggio" e lo comunica all'esterno o ad altri detenuti. Questo è l'unico soggetto che deve essere "necessariamente" presente anche se, perché il reato si consumi, è indispensabile che vi siano altri due partecipi: uno è il detenuto, colui che fornisce il messaggio da comunicare, l'altro è il destinatario, colui che riceve la comunicazione dall'intermediario.

Possiamo, allora, parlare, in questo caso, di una fattispecie monosoggettiva? Di una fattispecie monosoggettiva ma plurisoggettiva sul piano naturalistico⁴⁸, in cui i concorrenti "eventuali" assumono una dimensione decisiva, sia per quanto attiene la fase "iniziale" (comunicazione del messaggio da recapitare), sia rispetto al momento "finale" (consegna del messaggio al destinatario)?

Una riflessione si impone. Il reato è a forma libera potendosi il "fatto" concretizzare in qualsiasi modo. La condotta di "agevolazione" deve, però, raggiungere lo scopo per cui è posta in essere e quindi consentire che la comunicazione venga "recapitata" al destinatario⁴⁹. "Comunicare con altri": è questo il momento consumativo della fattispecie. È chiaro, quindi, che accanto all'attività dell'intermediario, autore del fatto tipico, dovrà sempre individuarsi un altro soggetto "necessario", con il ruolo di destinatario. In assenza di quest'ultimo o nel caso in cui il messaggio non venisse recapitato ci troveremmo in un'ipotesi tentata.

Questo schema, però, potrebbe subire, nella prassi, delle modifiche: nei casi in cui, per esempio, il destinatario finale del messaggio sia lo stesso soggetto che riceve la comunicazione direttamente dal detenuto. Quando, cioè, coincidano intermediario e destinatario. In queste ipotesi il reato si consumerà anticipatamente, nel momento in cui l'intermediario avrà fatta propria la comunicazione vietata. L'unico soggetto che non potrà assumere il ruolo di autore è il detenuto la cui attività comunicativa viene agevolata.

⁴⁸ Così BRICCHETTI, PISTORELLI, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, cit., 67, che individuano due protagonisti necessari: l'autore del fatto incriminato e il detenuto favorito. Quest'ultimo, però, «pur non potendo porre in essere la condotta tipizzata dalla norma incriminatrice, ben potrà rispondere dell'illecito consumato da altri, secondo le consuete regole in materia di concorso di persone nel reato, qualora risulti abbia istigato l'autore a commetterlo». Su posizioni solo in parte difformi v. PECCIOLI, SCOPINARO, *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, cit., 461, secondo i quali si tratterebbe «di una fattispecie penale plurisoggettiva nella quale il fatto è realizzato con il contributo tipico di due soggetti, uno solo dei quali è punibile».

⁴⁹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 441.

Il reato è comune, potendo essere realizzato, limitatamente al primo comma, da “chiunque”. La scelta di punire, innanzitutto, “chiunque” è evidentemente collegata alla necessità di limitare le possibili violazioni delle regole del trattamento da parte di alcuni soggetti, i familiari appunto, più vicini al detenuto e quindi maggiormente propensi a consentire l’elusione delle prescrizioni del regime detentivo speciale⁵⁰. Anche se, soprattutto dopo l’irrigidimento delle disposizioni del 41-*bis* ord. penit., sembra realmente difficile, per quei soggetti che hanno occasione di entrare in contatto con i detenuti sottoposti al carcere duro, ossia i familiari ammessi al colloquio, poter “aggirare” il rigoroso sistema di controlli.

6. L’ipotesi aggravata prevista dal co. 2

Il quadro normativo previsto dall’art. 41-*bis* ord. penit., dopo le modifiche della legge n. 94 del 2009 e i “correttivi” apportati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 143 del 2013, ha assunto, come abbiamo visto, una dimensione di compromesso: rigore esasperato nei controlli per ciò che attiene ai rapporti fra il detenuto e i familiari, i conviventi o i terzi non qualificati e “maglie larghe”, invece, rispetto alle “relazioni” fra i reclusi e i soggetti qualificati. L’art. 391-*bis* c.p. sembra recepire questo schema: reclusione da uno a quattro anni nel caso in cui l’intermediario sia un soggetto legato al recluso da rapporti familiari o di parentela, pena aumentata – da due a cinque anni di reclusione – nell’ipotesi in cui la condotta delittuosa sia posta in essere da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio o da un soggetto che esercita la professione forense. Da un lato al maggior rigore previsto dalla disciplina penitenziaria corrisponde un trattamento penalistico “più lieve”, dall’altro, invece, al cospetto di regole più tolleranti sotto l’aspetto del regime detentivo speciale, l’aspetto sanzionatorio cresce di intensità. Sembrerebbe, quasi, che la più restrittiva disciplina dei controlli sui colloqui dipenda da «una qual certa diffidenza nei confronti dei familiari, che potrebbero fungere da intermediari con l’organizzazione criminale»⁵¹, emergendo, al contempo, una specie di “fiducia preventiva” rispetto al difensore. Infatti, «l’eventualità che dette persone, legate al detenuto da un rapporto di prestazione d’opera professionale, si prestino a fungere da tramite fra il medesimo e gli altri membri dell’organizzazione criminale, se non può essere certamente esclusa

⁵⁰ Secondo MORGANTE, *Commento art. 2, co. 26, l. 15 luglio 2009, n. 94*, cit., 303, la scelta di prevedere un reato comune sarebbe, invece, ispirata dalla «logica della legislazione penale simbolica, trattandosi di ipotesi che, a dispetto della limitatissima possibilità di applicazione pratica, risponde all’esigenza di mostrare alla generalità dei consociati la ferma volontà del legislatore di assicurare il massimo del rigore sanzionatorio a tutti coloro che consentano al detenuto di violare i confini del carcere duro».

⁵¹ Così CESARIS, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, cit., 16.

a *priori*, neppure può essere assunta ad una regola di esperienza, tradotta in enunciato normativo: apparendo, sotto questo profilo, la situazione significativamente diversa da quella riscontrabile in rapporto ai colloqui con persone legate al detenuto da vincoli parentali o affettivi, ovvero con terzi non qualificati⁵². Basterebbe a garantire, così, la correttezza dell'esercente la professione forense, nel momento del colloquio con il proprio assistito detenuto, «il rispetto di un codice deontologico nello specifico campo dei rapporti con la giustizia» e «la vigilanza disciplinare dell'ordine di appartenenza».

In realtà, l'aggravamento di pena previsto dal co. 2 dell'art. 391-*bis* c.p. si giustifica perché le guardie penitenziarie, i dipendenti dell'amministrazione penitenziaria, gli educatori e, appunto, i difensori⁵³ solo marginalmente sono interessati dalle restrizioni del regime dell'art. 41-*bis* ord. penit. E proprio per questa ragione, in caso di incriminazione, andrebbero incontro ad un trattamento sanzionatorio più rigoroso. Aggravamento di pena, inoltre, assolutamente compatibile con l'accresciuto disvalore penale di una condotta posta in essere da autori qualificati, tenuti al doveroso rispetto non solo delle leggi penali, ma anche delle regole comportamentali previste per la loro funzione: gli avvocati come interlocutori "esterni" del detenuto, i dipendenti dell'amministrazione penitenziaria come interlocutori "interni" del recluso.

Il co. 2 dell'art. 391-*bis* c.p., pur previsto nella forma di circostanza aggravante e nonostante la descrizione del fatto di reato venga contemplata nella prima parte della fattispecie, rappresenta il vero "fulcro" del delitto *de quo*. Infatti, come tutti i reati di agevolazione la condotta tipica dovrebbe essere posta in essere da un soggetto qualificato⁵⁴: in questo modo, la particolare qualificazione dell'intermediario consentirebbe di individuare non solo le ipotesi più gravi, ma anche di ricondurre la fattispecie all'interno degli schemi classici dei delitti di agevolazione.

Il delitto *de quo*, quindi, riesce solo nella sua seconda parte a sprigionare pienamente il suo carico repressivo; ma il disvalore ulteriore rappresentato dalla specifica qualificazione degli autori della condotta, insieme ai "presupposti" del reato e alla "condizione" di detenuto, assegna all'art. 391-*bis* c.p. un futuro incerto: più è dettagliata e particolare l'individuazione degli elementi

⁵² Corte cost. n. 143 del 2013, cit. Sui maggiori rischi che il reato venga commesso da avvocati e da personale dell'amministrazione penitenziaria v. MORGANTE, *Commento art. 2, co. 26, l. 15 luglio 2009*, n. 94, cit., 303.

⁵³ CESARIS, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, cit., 17, sottolinea come la nuova fattispecie vada a screditare e criminalizzare la categoria dei difensori. Dal tenore della norma, infatti, «traspare una certa qual diffidenza nei confronti della classe forense, ritenuta a torto o a ragione convivente con i propri assistiti, tanto da prestarsi a essere strumento per comunicare con l'esterno».

⁵⁴ MORGANTE, *Commento art. 2, co. 26, l. 15 luglio 2009*, n. 94, cit., 302.

necessari della fattispecie, maggiore sarà la possibilità di suo “insuccesso” applicativo per le rare coincidenze con le ipotesi del caso concreto.

Se l’obiettivo della nuova incriminazione è quello di tipizzare una “forma” di contiguità alla mafia, il rischio che si corre è, invece, quello di consentire la “riespansione” del concorso esterno⁵⁵. Questo delitto, infatti, per la sua struttura, per i suoi presupposti, per le condizioni richieste, per i soggetti attivi e, soprattutto, per le difficoltà di carattere probatorio nell’accertamento della consumazione del reato non rappresenta un efficace strumento repressivo rispetto ai diversi e variegati contesti in cui prendono corpo le collusioni con la mafia. In un terreno così ampio e paludoso i “vincoli” previsti dal delitto di “agevolazione” potrebbero impedire di ottenere i risultati sperati. La creazione di una norma *ad hoc* per punire questo tipo di contiguità, per recidere i legami fra i mafiosi detenuti e i sodali liberi, dovrebbe servire a rendere sempre più residuale il ricorso alla compartecipazione criminosa dell’*extraneus* con l’associazione mafiosa: l’eccessiva “particolarità” dell’art. 391-*bis* c.p. potrebbe, invece, indirizzarci, nuovamente, verso l’ipotesi “contenitore” del concorso esterno, relegando questo delitto di “agevolazione” in un ambito e in una dimensione meramente simbolica⁵⁶.

7. La tipizzazione “progressiva” della contiguità alla mafia

⁵⁵ È estremamente singolare non avere avuto alcun tipo di riscontro giurisprudenziale sull’art. 391-*bis* c.p., dopo oltre cinque anni dalla sua introduzione. È possibile, però, rilevare come in passato la Cassazione abbia optato per l’utilizzo del concorso esterno per punire i congiunti di un affiliato ad una cosca, detenuto ma non sottoposto al regime detentivo del 41-*bis* ord. penit., che portavano dentro e fuori dal carcere messaggi diretti ad altri membri dell’associazione mafiosa (Cass., Sez. I, 22 novembre 2006, Alfano e altri, n. 1073, in *Mass. Uff.*, n. 235855) o per condannare il soggetto incaricato della funzione di corriere tra un latitante ed altri esponenti del clan in libertà (Id., Sez. I, 2 gennaio 2009, Sarracino, n. 54, in *Riv. Pol.*, 2009, 779). È vero che la conformazione strutturale dell’art. 391-*bis* c.p. dovrebbe riguardare situazioni diverse da quelle sottoposte al vaglio della Cassazione, sia per ciò che attiene alla sottoposizione al regime detentivo speciale, sia per quanto riguarda la violazione di un provvedimento dell’autorità che è stato applicato proprio in considerazione di particolari esigenze di prevenzione speciale, ma il rischio di preferire l’utilizzo del concorso esterno per regolare le ipotesi di comunicazioni da e per il carcere è sicuramente reale. In alcune ipotesi è stato, addirittura, configurato il delitto di partecipazione all’associazione mafiosa ex art. 416 *bis* c.p. nella «condotta di colui che assolve il compito di far circolare ordini e informazioni tra accolti detenuti ed accolti in libertà» (Id., Sez. II, 28 febbraio 2013, Bonaddio, n. 13506, in *Mass. Uff.*, n. 255731).

⁵⁶ Così come è avvenuto, in passato, con l’art. 416-*ter* c.p., al quale è stato “preferito” il concorso esterno nell’ipotesi della «condotta dell’esponente politico che stringa un accordo per cui, in cambio del sostegno elettorale, egli prometta, una volta eletto, di porre in essere specifiche iniziative amministrative tese a soddisfare gli interessi della consorteria criminale» (Cass., Sez. V, 17 luglio 2012, Plutino, n. 44466, in *Cass. pen.*, 2013, 3517) o nel caso della «promessa di un esponente politico di favorire, in cambio del sostegno elettorale, il sodalizio nei futuri rapporti con la pubblica amministrazione» (Id., Sez. I, 9 gennaio 2013, Ferraro, n. 8531, in *Mass. Uff.*, n. 254926) oppure quando «l’esito della consultazione elettorale non sia poi stato conforme alle aspettative» (Id., Sez. II, 22 gennaio 2014, Crea e altri, n. 8028, in *Riv. pen.*, 2014, 475).

La risposta del legislatore dell'emergenza, costantemente proteso ad "agguan-
tare" porzioni sempre più consistenti di contiguità alla mafia, non si è indiriz-
zata, come sappiamo, verso la creazione di un generale delitto di "agevolazio-
ne" in grado di "contenere" tutti i contributi provenienti al sodalizio da sog-
getti ad esso estranei, ma ha prodotto la proliferazione di fattispecie, tutte de-
stinate a punire le forme più svariate di "vicinanza" all'ente criminale o ad
aggravarne la pena. Si è andato sempre più consolidando e sviluppando, così,
un sistema repressivo delle collusioni tra i sodalizi mafiosi e la borghesia
"compiacente" estremamente ampio e articolato. Accanto ad una contiguità
che potremmo definire "atipica", caratterizzata dai contributi dell'*extraneus*
ricondotti all'interno della compartecipazione criminosa, si è normativamente
accresciuta l'area della contiguità c.d. "tipizzata"⁵⁷.

Gli interventi legislativi in quest'ultima direzione sono risalenti nel tempo,
anche se riteniamo, non siano il frutto di un organico disegno di contrasto
delle collusioni fra mafia e borghesia compiacente, ma dipendano, invece, da
scelte estemporanee, figlie dell'emergenza⁵⁸. I primi sono concomitanti
all'introduzione dell'art. 416-*bis* c.p. Infatti, già con la l. 13 settembre 1982, n.
646, si prevedeva, all'art. 2 una specifica aggravante del delitto di favoreggia-
mento personale nel caso in cui il soggetto aiutato fosse stato un mafioso (e
all'art. 3 la contestuale modifica dell'art. 379 c.p.)⁵⁹ ed all'art. 8 una nuova fat-
tispecie, l'art. 513-*bis* c.p., "dedicata" all'imprenditore che avesse compiuto
atti di concorrenza, nell'esercizio di un'attività commerciale e industriale, uti-
lizzando la violenza o la minaccia⁶⁰.

Questa ambivalenza nel tipizzare la contiguità alla mafia, da un lato agevolan-
do le attività delle associazioni e dall'altro avvalendosi delle condizioni "ma-

⁵⁷ MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di Patalano, Torino, 2003, 270, secondo il quale saremmo in presenza di un vero e proprio «sottosistema che, in considerazione dei marcati profili di peculiarità, potrebbe (...) essere definito (...) diritto penale della contiguità mafiosa».

⁵⁸ Secondo VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 243, il legislatore italiano per punire la contiguità alla mafia sembra aver intrapreso un percorso a «spizzichi e bocconi».

⁵⁹ Secondo FIANDACA, *Commento agli artt. 2 e 3 della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, 269, il co. 2 dell'art. 378 c.p. avrebbe come obiettivo quello di «allentare la rete di protezione che solitamente avvolge gli associati di mafia». Per INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, 124, l'ipotesi del favoreggiamento aggravato rappresenterebbe «la prima manifestazione di un preciso interesse a colpire forme di contiguità e di sostegno esterno alle organizzazioni mafiose».

⁶⁰ Basta leggere i lavori preparatori della proposta di legge n. 1581 del 1980, d'iniziativa dei deputati La Torre, Occhetto e altri, per comprendere l'effettiva finalità di questo reato, con il quale «si punisce un comportamento tipico mafioso che è quello di scoraggiare con esplosioni di ordigni, danneggiamenti o con la violenza alle persone, la concorrenza». In questo senso v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 669.

fiose”⁶¹, ha continuato a caratterizzare le scelte del legislatore, raggiungendo il momento più significativo con l'introduzione dell'art. 7 l. 12 luglio 1991, n. 203. Questa circostanza aggravante può essere considerata il reale “collante”, all'interno di un vero e proprio sistema penale previsto per disciplinare i rapporti fra la criminalità organizzata e la borghesia compiacente, tra i diversi ed eterogenei ambiti della tipizzazione delle condotte collusive, rendendo «afferribili, ancorché al limitato scopo di sanzionarle più severamente, alcune forme di contiguità alla mafia»⁶². L'art. 7 rappresenterebbe il decisivo passaggio per “sganciare” la contiguità dalle automatiche ricostruzioni in termini di compartecipazione criminosa, proprio perché «l'aggravante in esame riguarda, salva una limitata area di interferenza destinata a risolversi nell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, ipotesi estranee tanto all'ambito di operatività dell'art. 416-*bis* c.p. (in concorso con i delitti – scopo commessi dagli associati) quanto alla sfera di rilevanza del concorso esterno per agevolazione nel medesimo reato associativo»⁶³. L'autonomia strutturale dell'aggravante inciderebbe, in questo modo, sia sull'“agevolazione mafiosa” sia sul “metodo mafioso”: nel primo caso verrebbe rappresentata esclusivamente la mera “finalità” dell'agire, non richiedendosi anche l'accertamento del legame causale tra il delitto commesso “al fine di agevolare” e l'effettivo rafforzamento e consolidamento dell'associazione mafiosa; nella seconda ipotesi il “metodo” farebbe riferimento all'intimidazione contenuta nella condotta dell'agente e non, invece, al ruolo rivestito all'interno del sodalizio criminale⁶⁴.

⁶¹ La giurisprudenza ha preferito, però, ricorrere allo strumento del concorso esterno sia nel caso della «condotta reiterata e continuativa di rivelazione a membri del sodalizio criminale di notizie relative ad indagini svolte nei loro confronti dall'autorità» (Cass., Sez. II, 22 gennaio 2011, Aiello, n. 249878, in *Cass. pen.*, 2012, 571), sia nell'ipotesi del rapporto tra l'imprenditore e l'organizzazione mafiosa, caratterizzato da «un'attività di illecita interferenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, con reciproco vantaggio costituito, per l'imputato, dal conseguimento di commesse, e per il consorzio criminoso dal rafforzamento della propria capacità di influenza nello specifico settore imprenditoriale, con possibilità di indirizzarne le risorse al proprio interno, e dunque di accrescere, in definitiva, le proprie risorse economiche» (Id., Sez. VI, 18 aprile 2013, Orobello, n. 30346, in *Mass. Uff.*, n. 256740).

⁶² Così VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 257.

⁶³ In questi termini DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziale e processuali*, cit., 55.

⁶⁴ Sempre DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziale e processuali*, cit., 53, secondo il quale «il vero fondamento della diversità di materie (...) sta nel fatto che tanto l'oggetto del contributo quanto l'obiettivo dell'agevolazione previsti nella fattispecie circostanziata sono di regola incomparabili con i corrispondenti requisiti di struttura del concorso esterno nel reato associativo». Cfr. sul punto DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, cit., 1299, per il quale potrebbe essere escluso il ricorso al concorso esterno solo nell'ipotesi in cui «essendo stato commesso un reato, la punizione del colpevole sia comunque assicurata, e non sia più necessario, pertanto, subordinarne la responsabilità al riconoscimento degli estremi di un concorso nell'associazione». Infatti, «il *plus*

All'interno della c.d. contiguità tipizzata, oltre alle fattispecie del favoreggiamento aggravato e dell'illecita concorrenza con minaccia o violenza, rientrerebbero l'art. 418 c.p. che, grazie agli "aggiornamenti" apportati dalle leggi n. 438 del 2001 e n. 251 del 2005 ha abbandonato la dimensione "arcaica e angusta" nella quale era rilegato, ritagliandosi uno spazio assolutamente in linea con le più sofisticate forme di comunicazione utilizzate per fornire assistenza ai partecipi dell'associazione criminale⁶⁵, l'art. 391-*bis* c.p. appunto, e l'art. 416-*ter* c.p. come novellato dalla legge n. 62 del 2014. Tutte ipotesi delittuose, queste, che vedrebbero rafforzato l'effettivo disvalore penale se venissero anche "accompagnate" dalla circostanza aggravante prevista dall'art. 7 della legge n. 203 del 1991, sia nella forma dell'agevolazione sia in quella del metodo mafioso⁶⁶. E proprio la "presenza" di questa aggravante impedirebbe di prevedere, per tali fattispecie, la concomitante punibilità a titolo di concorso esterno nell'associazione criminale, rappresentando un utile strumento per limitare l'ambito di applicazione degli artt. 110 e 416-*bis* c.p.

In realtà, la coincidenza fra compartecipazione criminosa e contiguità sarebbe ipotizzabile solo nei casi in cui l'area grigia venisse rappresentata «come un'area monolitica, interamente omogenea, caratterizzata da un insieme uni-

di disvalore ricollegabile al fatto che tale reato sia rivolto a vantaggio di quest'ultima potrà ben essere configurato sotto forma di aggravante, in quanto tale suscettibile di venire strutturata anche in guisa di finalità di favorire in qualche modo l'organizzazione criminale».

⁶⁵ In questo senso v. PIEMONTESE, *Commento al d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 convertito dalla l. 15 dicembre 2001, n. 438*, in *Leg. pen.*, 2002, 782. Per VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 248, la nuova formulazione dell'art. 418 c.p. rappresenterebbe un vero e proprio «cimento legislativo sul piano della tipizzazione della contiguità alla mafia con effetti di reale anticipazione e conseguente estensione della tutela penale».

⁶⁶ In questo senso sembra orientarsi la giurisprudenza quando ritiene la circostanza applicabile a tutti i concorrenti nel reato (Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2009, Napolitano, n. 19802, in *Mass. Uff.*, n. 244261). Sul punto v. pure Id., Sez. II, 28 febbraio 2013, Basile, n. 13469, in *Mass. Uff.*, n. 255550, secondo cui «la contestazione di entrambi i profili che caratterizzano l'aggravante speciale (...) quali l'utilizzo del metodo mafioso o la finalità di agevolazione mafiosa» sarebbe consentita proprio dalla «presenza di condotte delittuose complesse ed aperte all'una o all'altra modalità operativa od anche ad entrambe». Sui rischi per un'applicazione automatica dell'aggravante dell'art. 7 v. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, cit., 1300, secondo il quale «v'è da temere, in particolare che gli estremi dell'aggravante possano venire ad essere riconosciuti in forma sostanzialmente automatica, presumendo *in re ipsa* la suddetta finalità agevolatrice, soprattutto laddove si tratti di comportamenti più ricollegabili a manifestazioni criminali di tipo mafioso». Il pericolo sarebbe rappresentato dall'etichettare «come mafiosi anche quei comportamenti, che, alla stregua di una valutazione ispirata all'*id quod plerumque accidit*, si possa in qualche modo presumere siano stati realizzati per avvantaggiare le suddette organizzazioni». Esclude, giustamente, l'applicazione dell'art. 7, nella forma del "metodo mafioso", al nuovo art. 416-*ter* c.p. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 21, ammettendola, invece, nell'ipotesi dell'«agevolazione». Cfr. sul punto VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico - mafioso: andiamo avanti con giudizio*, *ivi*, 2013, 3, 131.

forme di relazioni e frequentata da un unico tipo di attori»⁶⁷. Le articolazioni interne e le regole di funzionamento che legano il mondo della contiguità alle organizzazioni criminali sono contraddistinte, però, da meccanismi differenti e da attori diversi. Le dinamiche sono molto più complesse e specifiche di quanto si creda⁶⁸. All'interno di queste "reti di relazioni" si sviluppano intrecci variabili e rapporti di forza in cui «i mafiosi non sono sempre e necessariamente in posizione dominante, né sono gli attori che dispongono di competenze di illegalità»⁶⁹. Nell'area grigia si intrecciano non soltanto relazioni funzionali al sostegno delle organizzazioni mafiose, attraverso contributi rivolti ad "agevolare e rafforzare" l'ente criminale, ma ci si può imbattere in attività estremamente vantaggiose per i soggetti esterni all'associazione. Assistiamo ad un processo di interazione nel quale, tra mafiosi e soggetti esterni all'organizzazione, si realizza un vicendevole riconoscimento, supportato da sostegni reciproci e da scambi di risorse e competenze. Il soggetto contiguo, in questo modo, in alcune realtà, tende ad emanciparsi dalla stessa presenza mafiosa: l'attività, inizialmente apprestata per "agevolare" o per "rafforzare" l'ente criminale, assume i connotati di un contributo posto in essere con il "metodo mafioso", per il raggiungimento di obiettivi non più prevalentemente "associativi" ma propri del soggetto esterno. In alcune ipotesi, infatti, l'*extraneus*, pur mantenendo il suo *status*, manifesterà la propria vicinanza all'associazione non attraverso le forme "classiche" della contiguità, con l'obiettivo di agevolare o rafforzare il sodalizio, ma utilizzando "direttamente"

⁶⁷ Così SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 11.

⁶⁸ Sempre MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia fra prevenzione e repressione: tecniche normative e categorie dogmatiche*, cit., 717, che ritiene come l'indeterminatezza ontologica dell'estremo della contiguità ci conduca verso un'area di rischio, contrassegnata da «un'ampia quanto astratta molteplicità di contatti, di fasci di relazioni (...) i quali peraltro traducono la loro ambiguità nell'impossibilità di essere fissati e descritti, una volta per tutte, in una norma». In questo modo, «a fronte dell'impossibilità di descrivere con la dovuta precisione le condotte di collusione, fissando i limiti e stabilendo ciò che è meritevole di sanzione, si sia preferito circoscrivere una zona con l'implicita convinzione che tutto ciò che vi accade debba essere sol per ciò ricondotto entro le maglie della contiguità».

⁶⁹ In questi termini v. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 32, secondo il quale vi sarebbe una sorta di distribuzione di competenze e di ruoli: i mafiosi «si distinguono per il possesso di risorse qualificate, riconducibili fondamentalmente all'uso specializzato della violenza, alle funzioni di intermediazione tra reti diverse, e più in generale all'abilità di accumulare e impiegare capitale sociale», mentre «gli attori esterni detengono altre risorse specifiche - di tipo economico gli imprenditori, di autorità i politici, tecniche i professionisti e normative i funzionari pubblici - in virtù delle quali possono godere di autonomia di azione e di un patrimonio di relazioni più o meno privilegiate». Cfr. sul punto Cass., Sez. VI, 18 aprile 2013, Orobello, n. 30346, cit., secondo cui «deve ritenersi colluso l'imprenditore che, senza essere inserito nella struttura organizzativa del sodalizio criminale e privo dell'*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». Nello stesso senso v. pure Id., Sez. VI, 10 aprile 2014, Bucceri e altri, n. 37726, in *Dir. e Giust.*, 2014.

le modalità specifiche dell’“agire mafioso”, ponendo in essere, così, condotte autonomamente rilevanti dal punto di vista penale.

Insomma, all’interno dell’“area grigia” potremmo imbatterci in un doppio sistema della contiguità: da un lato, per il mero apporto arrecato al sodalizio e dall’altro, per i modi utilizzati per porre in essere questo contributo.

I settori sui quali si è intervenuti, tipizzando specifiche forme di contiguità, rappresentano, invece, uno spaccato estremamente limitato della vasta e complessa rete di interferenze fra mafia e borghesia mafiosa. Potrebbero, così, sempre essere ipotizzabili “zone franche”, non marginali, sprovviste di una tutela *ad hoc*.

Il pericolo che si corre è, in questo modo, quello di utilizzare inconsapevolmente il tema della tipizzazione della contiguità solamente come un vessillo, una bandiera, un simbolo e non come un reale strumento per contrastare e punire le collusioni con le organizzazioni mafiose. All’interno di questo sistema le ipotesi tipizzate rischierebbero di avere un ruolo meramente sussidiario, applicabili solamente in casi estremamente circoscritti, quando vi sia una perfetta coincidenza tra fattispecie astratta e fatto concretamente accaduto. Ecco, allora, la possibile riemersione dello “spettro” del concorso esterno, scelta certamente più “comoda” per reprimere la contiguità alla mafia⁷⁰.

⁷⁰ FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica. Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del p.g. Francesco Iacoviello nel processo Dell’Utri*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 253, che ritiene il concorso esterno uno strumento giudiziale particolarmente efficace per venire incontro alla «preoccupazione dei magistrati antimafia di privilegiare, tra più qualificazioni tecnico-giuridiche possibili dei fatti oggetto di vaglio, quella più idonea a veicolare messaggi pedagogici alla pubblica opinione anche in chiave di etichettamento simbolico del disvalore politico o etico-sociale che, al di là della lesione giuridica strettamente intesa, si ritiene insito nei fatti in questione». In questo modo, infatti, «qualificare un certo fatto concorso esterno, piuttosto che ad esempio favoreggiamento sia pure aggravato, può essere considerata da parte di un magistrato di merito propenso alla stigmatizzazione simbolica opzione preferibile proprio allo scopo di sottolineare che l’autore del fatto merita di essere condannato per il suo colpevole sostegno alla mafia quasi come se fosse un mafioso».