



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE

Corso di laurea in Giurisprudenza
Laurea magistrale a ciclo unico quinquennale

Tesi di laurea in Diritto penitenziario

GENESI E DEGENERAZIONE DEL REGIME OSTATIVO DALLA
STRAGE DI CAPACI ALLA LEGGE "SPAZZACORROTTI"

Relatore: prof.ssa Natalia Rombi

Correlatore: dott. Fabio Fiorentin

Laureanda: Claudia Castelli

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

*In rebus quibuscumque
difficilioribus non expectandum,
ut quis simul, et serat, et metat,
sed praeparatione opus est,
ut per gradus maturescant.*

(In tutte le cose,
e specialmente delle più difficili, non ci si deve aspettare
di seminare e mietere nel medesimo tempo,
ma è necessaria una lenta preparazione,
affinché esse maturino gradatamente.)

F. BACONE, *Sermones fideles sive Interiora Rerum* (n. XLV)

SOMMARIO

<i>INTRODUZIONE</i>	1
<i>CAPITOLO 1 - ESPIARE LA PENA VIVENDO?</i>	3
1. Delle ragioni del punire	3
2. Perché il carcere?	9
3. Il volto costituzionale della pena	13
4. Tra teoria e prassi.....	15
5. Automatismi e individualizzazione del trattamento penitenziario	18
6. Regime ostativo e diritto alla speranza	20
6.1 Espiare la pena vivendo.....	24
7. Le ragioni di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo.....	26
8. Ergastolo e populismo penale	29
<i>CAPITOLO 2 - GENESI DEL REGIME OSTATIVO E COLLABORAZIONE CON LA GIUSTIZIA</i>	32
1. La genesi storico-giuridica dell'art. 4-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354.....	32
2. La nascita dell'attuale regime ostativo	37
2.1 I dibattiti parlamentari intercorsi in sede di conversione del d.l. 8 giugno 1992, n. 306	37
3. L'istituto della collaborazione: alcune coordinate storico-giuridiche	46
4. I collaboratori di giustizia: precisazioni terminologiche.....	50
4.1 La disciplina processuale.....	52
4.2 Il piano penitenziario	55

5. La parola ai giudici	58
6. La <i>ratio</i> della disciplina premiale per i collaboratori di giustizia	61
7. Il regime ostativo al vaglio della Consulta	64
7.1 L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla funzione della pena	65
7.2 Le pronunce della Corte costituzionale in materia di ergastolo ostativo	67
8. Gli impulsi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: prospettive convenzionali sul <i>life imprisonment without hope</i>	80
8.1 La compatibilità convenzionale dell'ergastolo ostativo: il caso <i>Viola v. Italia</i>	85
 CAPITOLO 3 - LINEE DI SVILUPPO DELLA LEGISLAZIONE IN MATERIA PENITENZIARIA	89
1. Una proteiforme estensione: l'art. 4-bis o.p. come strumento di «governo dell'insicurezza sociale»	89
1.1 L'attuale configurazione normativa dell'art. 4-bis, o.p.	91
2. L'estensione del regime ostativo ai <i>white collars</i>: profili di illegittimità costituzionale della legge 9 gennaio 2019, n. 3	94
2.1 Questioni attinenti al regime intertemporale.....	96
2.2 Il profilo della ragionevolezza	98
3. La legge “spazzacorrotti” al vaglio della Consulta: la sentenza n. 32 del 2020 ...	101
3.1 Segue: la questione della ragionevolezza nell'ordinanza 11 marzo 2020, n. 49	105
3.2 Osservazioni	107
 CAPITOLO 4 - CONCLUSIONI: IL “DIRITTO PENALE DEL NEMICO” TRA POPULISMO PENALE E RUOLO DI GARANZIA DELLA MAGISTRATURA	114
1. Logiche emergenziali e populismo penale	114
2. Il “diritto penale del nemico”	118
3. <i>Ubi societas, ibi ius</i>	120
4. Dal ruolo di garanzia della magistratura a un rinnovato dialogo sociale	124

BIBLIOGRAFIA 128

RINGRAZIAMENTIERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO.

INTRODUZIONE

L'evoluzione del sistema sanzionatorio – quinta monumentale prospiciente il palcoscenico dell'esecuzione penale – consente di osservare da una prospettiva privilegiata il processo di sviluppo dell'ordinamento giuridico.

Ben lungi dal porsi come dato definitivamente acquisito, il riconoscimento delle garanzie in materia penitenziaria risulta dal concorso di innumerevoli variabili socio-culturali, oltre che giuridiche. All'avanzata del garantismo ha giovato negli ultimi decenni l'acuirsi della sensibilità nell'interpretazione delle norme fondamentali dell'ordinamento, anche in ragione della notevole spinta propulsiva esercitata in questo senso dal combinato disposto risultante dalle sentenze di corti nazionali e sovranazionali.

Prendendo le mosse da tali considerazioni, il presente elaborato si propone di fornire una ricognizione dello stato dell'arte in materia di regime ostativo all'accesso di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione, così come configurato dall'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354).

Una riflessione iniziale sulle ragioni del punire e sul volto costituzionale della pena induce a soffermarsi sull'evoluzione del regime ostativo: introdotto in un momento tragico della storia italiana – all'indomani degli attentati contro i magistrati Falcone e Borsellino e le rispettive scorte –, esso ha rappresentato una risposta alla necessità impellente di dare un segnale forte nell'ambito della lotta contro la criminalità organizzata di stampo mafioso, come peraltro i dibattiti parlamentari intercorsi in sede di conversione del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 lasciano chiaramente emergere.

Quantunque la sua origine sia ancorata a un contesto emergenziale, il regime in questione ha subito un lento processo di metamorfosi, che ne ha determinato la progressiva trasformazione in strumento di *governo dell'insicurezza sociale*. Anche il ruolo originariamente assegnato all'istituto della collaborazione con la giustizia, perno attorno al quale ruota l'intero meccanismo ostativo, ha in questo modo subito un processo di snaturamento, che lo ha nel tempo sostanzialmente svuotato di significato.

A fronte dell'involuzione subita dall'art. 4-*bis* o.p. rivestono una capitale importanza gli interventi giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte

europea dei diritti dell'uomo, che hanno contribuito a tracciare una nuova rotta nella direzione di un superamento delle presunzioni assolute di pericolosità, alle quali si riconnette l'attivazione di meccanismi che precludono automaticamente l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, rendendo la sanzione detentiva totalmente intramuraria. I giudici convenzionali e costituzionali sono stati così chiamati a confrontarsi con le questioni attinenti al *life imprisonment without hope* e al regime ostativo, modificato da ultimo con la l. 9 gennaio 2019, n. 3 – che ha esteso il trattamento penitenziario previsto dall'art. 4-bis o.p. anche ai condannati per taluni delitti contro l'amministrazione pubblica, i c.d. *white collars*.

Non essendo legittimata a contenere l'incalzante fenomeno del populismo penale – che si manifesta nella volontà del legislatore di fronteggiare i fenomeni criminali con sanzioni di carattere esemplare, trovando peraltro una patente estrinsecazione nell'applicazione del regime penitenziario differenziato di cui all'art. 4-bis o.p. a una congerie di reati molto eterogenei tra loro –, la giurisprudenza si trova in bilico tra l'esercizio di una funzione di garanzia dei diritti e il rischio di sconfinare nell'ambito rimesso alla discrezionalità dei *conditores legum*: non resta dunque che appellarsi alla coscienza sociale per dare nuovo slancio a un percorso di umanizzazione della pena che passi per la riaffermazione condivisa dei diritti fondamentali in materia penitenziaria.

CAPITOLO 1 – ESPIARE LA PENA VIVENDO?

SOMMARIO: 1. Delle ragioni del punire – 1.1 Cenni sull'evoluzione del sistema sanzionatorio italiano a partire dal codice Rocco – 2. Perché il carcere? – 3. Il volto costituzionale della pena – 4. Tra teoria e prassi – 5. Automatismi e individualizzazione del trattamento penitenziario – 6. Regime ostativo e diritto alla speranza – 6.1 Espiare la pena vivendo – 7. Le ragioni di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo – 8. Ergastolo e populismo penale

1. Delle ragioni del punire

«Consultiamo il cuore umano e in esso troveremo i principii fondamentali del vero diritto del sovrano di punire i delitti, poiché non è da sperarsi alcun vantaggio durevole dalla politica morale se ella non sia fondata su i sentimenti indelebili dell'uomo. Qualunque legge devii da questi incontrerà sempre una resistenza contraria che vince alla fine, in quella maniera che una forza benché minima, se sia continuamente applicata, vince qualunque violento moto comunicato ad un corpo¹».

I fiumi di inchiostro sparsi sulle ragioni del punire e sulle funzioni della pena non sono mai stati sufficienti ad esaurire il relativo dibattito². E la ragione per la quale tali questioni non fanno tuttora di stantio è agevolmente intuibile: l'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato necessita di una forte legittimazione, considerata la significativa incidenza che può avere sulla vita del singolo consociato, qualora si verificano i presupposti perché esso venga esercitato. Sarebbe eccessivamente semplicistico ricondurre la pena a un mero strumento di afflizione rivolto verso colui che si è reso responsabile di uno sconvolgimento dell'ordine sociale. Se l'equazione fosse così semplice, non riusciremmo a spiegarci perché la giustificazione della pena sia stata e continui ad essere il fulcro di dibattiti tra generazioni di giuristi, filosofi, sociologi del diritto.

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1981, p. 65.

² Sulle funzioni della pena cfr., tra altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2014, Bologna, pp. 731-763; G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, Milano, 1961; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 1982, Padova, pp. 725 ss; M. ROMANO-F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, Bologna; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, 1979, Padova.

Risulta inevitabilmente viziato da parzialità l'atteggiamento di chi assimila pena e afflizione sino a farle coincidere, se si considera che la componente afflittiva insita nella pena è sempre stata un potente strumento nelle mani del detentore del potere punitivo per perseguire obiettivi intrinsecamente legati alle concezioni dello Stato e della società di volta in volta dominanti.

Il significato assunto dall'afflizione è peraltro mutato contestualmente all'evolversi delle tecniche del punire. La metamorfosi del supplizio, pena corporale per eccellenza, in pena detentiva – trasformazione che traccia l'orizzonte nuovo entro il quale verrà esercitato il potere di punire in epoca moderna – segna il passaggio verso una nuova dinamica punitiva, nella quale all'inflizione di una sofferenza nel corpo si tende a sostituire uno strazio dello spirito.

E ancora: le recenti aperture relative alle pene alternative alla detenzione, sebbene non lascino ancora concludere per l'avvento di un nuovo modo di punire, forniscono alla punizione una dimensione e un significato sociale, poiché mirano a un funzionale reinserimento del reo nella società.

Trattare delle funzioni della pena significa anzitutto posizionarsi lungo le direttrici che ne hanno storicamente orientato il dibattito: retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale.

L'idea di retribuzione è compendiabile in un efficace brocardo latino: *malum passionis propter malum actionis*. Muovendo dalla considerazione che l'azione criminosa infligge un male alla società e incrina l'ordine che la comunità dei consociati si è dato, si arriva a ritenere che chiunque si sia reso responsabile di un tale danno meriti di essere compensato tramite una sanzione ad esso proporzionata.

Se in estrema sintesi il nucleo delle teorie retributive della pena si condensa in queste poche righe, il discorso si fa più articolato con riferimento alla prevenzione. Giungono in soccorso le parole di Beccaria:

«il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...]. Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già

consumate? Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali³».

Da questa stringata descrizione affiora il duplice volto della prevenzione: essa è infatti declinabile come prevenzione generale o speciale a seconda del soggetto che prende come riferimento. Quando si rivolge alla generalità dei consociati, si parla di prevenzione generale: l'inflizione della pena serve in questo caso a distogliere gli appartenenti alla comunità dal compiere un'azione uguale a quella che ha determinato la reazione punitiva. Ci si pone invece sul versante della prevenzione speciale se si pone l'attenzione sull'autore del reato, destinatario di un'opera di emenda morale o di risocializzazione che mira a evitare la futura commissione di altri reati.

1.1 Cenni sull'evoluzione del sistema sanzionatorio italiano a partire dal codice Rocco

Le elaborazioni teoriche e dottrinali inerenti alle teorie sulla pena non sono rimaste confinate in un mondo ideale e astratto; hanno bensì trovato un puntuale riscontro nella realtà dell'ordinamento positivo, come testimonia l'evoluzione del nostro sistema sanzionatorio a partire dal primo scorcio del secolo scorso⁴.

La crisi dell'impianto penalistico ottocentesco, probabilmente causata da una notevole recrudescenza dei fenomeni criminali a seguito dei processi di industrializzazione, impone al legislatore fascista di intervenire sul sistema sanzionatorio. D'altra parte il legislatore di uno stato autoritario non può restare indifferente di fronte a una dilagante criminalità e deve, anzi, mostrare in questo ambito il suo volto più intransigente. Così nel codice penale introdotto nel 1930 viene modificato il sistema delle pene e, nel tentativo di sanare il contrasto insorto in sede dottrinale tra Scuola classica e Scuola positiva, si perviene al c.d. "doppio binario", cioè a un sistema sanzionatorio articolato in due tronconi: da una parte, in funzione di prevenzione generale, si collocano le pene, inflitte al soggetto libero e capace di autodeterminarsi;

³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 84.

⁴ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 733-742.

dall'altra le misure di sicurezza, rivolte invece al soggetto pericoloso a fini di prevenzione speciale.

Quantunque tale sistema sembri inizialmente all'avanguardia nel panorama europeo, esso non tarda a lasciar emergere le sue criticità. L'identità di contenuto afflittivo tra pene e misure di sicurezza e la contraddizione teorica derivante dalla loro ipotetica applicabilità a uno stesso soggetto - al contempo imputabile e socialmente pericoloso - induce infatti i contemporanei a constatare una frode delle etichette e ad auspicare un ripensamento del sistema delle pene.

Il destro per un nuovo slancio in materia viene offerto dall'introduzione nel 1948 della Carta costituzionale, che prende posizione sul ruolo da assegnare alla pena: *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*, recita l'art. 27, c. 3 nella sua formulazione finale.

In virtù della sua carica dirompente - in realtà non immediatamente recepita dagli interpreti, i quali la configurano inizialmente come una norma programmatica, priva dunque di valore in sé precettivo, e considerano la rieducazione come uno scopo meramente eventuale della pena - la nuova previsione costituzionale non pare collocabile entro la tradizionale cornice delle teorie sulla pena, introducendo un'idea assolutamente nuova rispetto al passato.

La funzione di risocializzazione che precedentemente taluni avevano tentato di assegnare alla prevenzione speciale veniva di fatto intesa in termini di emenda morale del reo, inserendosi così in una dimensione esclusivamente interiore. La portata innovativa dell'art. 27, c. 3 Cost. risiede invece specificamente nella dimensione intersoggettiva nella quale il concetto di rieducazione aspira a inserirsi, concretizzandosi così in un reinserimento sociale che non passa tanto - o comunque non solo - per il pentimento interiore del soggetto, quanto per la riattivazione del rispetto dei principi basilari della vita in società, da intendersi come presupposto per un funzionale reingresso nel consorzio sociale.

Per comprendere fino in fondo la portata del significato che i padri costituenti hanno voluto assegnare alla funzione rieducativa della pena, può essere utile collocarsi nell'alveo dei principi ispiratori del nostro sistema costituzionale, anche solo per fornire un basilare esempio. A fornire linfa vitale al concetto di risocializzazione è, tra gli altri e

simbolicamente, il principio di eguaglianza materiale: la pena serve a rieducare nel senso che punta a recuperare alla società i soggetti indotti a delinquere da una situazione di emarginazione sociale e culturale.

Superando posizioni improntate a una concezione soltanto retributiva della pena – proprie di un'impostazione di stampo tendenzialmente idealista –, il dispositivo costituzionale si orienta verso una forma di prevenzione speciale *sub specie* di rieducazione, intesa per lo più come emenda morale da alcune frange – tipicamente cattoliche – del Parlamento e assumendo invece il significato di reinserimento sociale del reo per le componenti più liberali.

Nonostante la rotta sia stata segnata, il dibattito sulle funzioni della pena non si è, tuttavia, certamente sopito. Alcune correnti che, urtando contro il saggio scoglio della Costituzione, avrebbero dovuto esser state definitivamente fermate e respinte, ritornano allo stesso modo di indomabili risacche. Nel tentativo di reinterpretare antiche concezioni della sanzione penale hanno così fatto capolino ora tesi incentrate sulla predominanza della prevenzione generale, ora tendenze addirittura neoretribuzionistiche.

Rispetto all'elaborazione in chiave psicologica operata da Bentham e da Feuerbach nel corso del diciannovesimo secolo⁵, la recente rivalutazione della concezione general-preventiva della pena introduce taluni elementi di novità, connotandosi essenzialmente come prevenzione generale positiva: se la minaccia della sanzione penale produce un effetto di ammonimento e di moralizzazione sulla totalità dei consociati, essa finisce per svolgere una funzione di orientamento culturale della società.

Si può però giungere a una conclusione di tal fatta solo qualora sussistano talune condizioni. Perché possa orientare l'agire della comunità, il sistema penale deve anzitutto godere di un adeguato livello di credibilità e, in secondo luogo, occorre che tra le condotte disapprovate e punite dal diritto e quelle che ripugnano alla società vi sia almeno una tendenziale convergenza.

⁵ Secondo la teoria della coazione psicologica, l'uomo si determina nel suo agire criminale dopo aver soppesato vantaggi e svantaggi della sua scelta; rinuncerà indi al delitto qualora la contropinta psicologica della pena risulti più potente rispetto alla spinta criminosa. È tuttavia agevole notare che, non essendo l'uomo un mero calcolatore, non sempre agisce in modo razionale, lasciandosi talora sopraffare stimoli inconsci e spinte emotive. Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 747.

L'aspetto che desta, tuttavia, maggiori perplessità è la preponderanza attribuita alla funzione di prevenzione generale nella fase dell'inflizione della pena. Se l'afflizione derivante dalla pena è finalizzata a orientare l'agire dei consociati, si rischia di strumentalizzare il singolo per fini di politica criminale e di ammettere condanne esemplari. Il *vulnus* arrecato in questo modo alla dignità del singolo è senz'altro patente e del tutto contrastante con l'assoluta preminenza della persona umana sulla quale ruota il nostro intero ordinamento giuridico.

Al cerchio dell'eterno ritorno non si sottraggono nemmeno le istanze che insistono su una concezione retributiva della pena. Se nel più recente dibattito la retribuzione è stata evolutivamente interpretata come proporzione tra male arrecato e sanzione conseguentemente inferta, le concezioni neoretribuzioniste fanno invece leva sulla pretesa esistenza di un bisogno emotivo di punire che sorge in seno alla società e al singolo individuo a fronte del compimento di un atto criminoso. A rendere necessaria una significativa reazione punitiva dello Stato, secondo i sostenitori di queste teorie, sarebbe il bisogno di contrastare l'inconscio desiderio di trasgressione degli uomini, che li indurrebbe a commettere il male per imitazione.

Una presa di posizione fondata esclusivamente sui bisogni emotivi dell'uomo sarebbe però in contrasto con il senso più profondo della pena, che è reazione misurata dell'ordinamento giuridico e non bieca vendetta sociale. Per di più sarebbero fortemente nefaste le conseguenze che un'adesione a tale teoria determinerebbe: l'inflizione di punizioni terroristiche a fronte di delitti che ripugnano alla coscienza sociale; la mancata selezione delle condotte da punire passando per il vaglio di un filtro critico. E che fine farebbe in questo modo la dimensione individuale del delinquente?

Anche il terreno della prevenzione speciale non è immune dal moto di ritorno della risacca. Chi ritiene che il nostro presente storico abbia decretato un fallimento delle prospettive di risocializzazione tracciate dal disegno costituzionale, vede nella promessa della Costituzione un mito irrealizzabile⁶. Basti per il momento osservare che

⁶ Secondo talune indagini statistiche condotte in Svezia e negli Stati Uniti, il trattamento proposto in sede esecutiva non presenta alcun nesso con le possibilità di ricadere nel delitto. Almeno due osservazioni si impongono al riguardo, essenzialmente connesse al metodo di indagine utilizzato: il fallimento di tecniche rieducative improntate a un determinato modello medico-scientifico non implica che non ne esistano altre, ancora non sperimentate, che siano più efficaci; l'applicazione della tecnica in questione a un gruppo di

l'immobilismo burocratico che permea il mondo penitenziario, unito a un atteggiamento fortemente populista dell'attuale classe politica anche per ciò che attiene all'universo carcerario fungono da freno rispetto alle spinte propulsive verso paradigmi di risocializzazione che potrebbero rivelarsi funzionali a un rilancio credibile dell'ideale rieducativo.

2. Perché il carcere?

«La prigione, questa zona la più buia entro l'apparato della giustizia, è il luogo dove il potere di punire, che non osa più esercitarsi a viso scoperto, organizza silenziosamente un campo di oggettività in cui il castigo potrà funzionare in piena luce come terapeutica e la sentenza iscriversi tra i discorsi del sapere. Si capisce come la giustizia abbia adottato tanto facilmente una prigione che non era tuttavia stata figlia del suo pensiero. Le doveva davvero questa riconoscenza⁷».

L'equazione pena-carcere è talmente radicata nell'immaginario collettivo moderno che risulta piuttosto difficile scindere il discorso sulla prima dalla riflessione sul secondo. Parlare di pena significa oggi inevitabilmente parlare di carcere.

L'imporsi della pena detentiva nello scenario punitivo moderno avviene a seguito del lento superamento dell'arte dei supplizi e del conseguente passaggio a una nuova arte di punire, sulla quale pare in questa sede opportuno interrogarsi.

Può affermarsi che è proprio tramite la nascita della prigione modernamente intesa che la giustizia penale accede all'umanità, passando «da un'arte di sensazioni insopportabili a una economia di diritti sospesi⁸». Seppur la dimensione del dolore fisico non appaia tuttora completamente estranea all'orizzonte punitivo – d'altra parte non è così desueta l'idea che il carcere, lungi dal limitarsi a incidere sulla libertà personale del

detenuti selezionati non consente di trarre conclusioni generiche, in quanto si tratterebbe di generalizzazioni indebite. Cfr. sul punto G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 755-757. Più specificamente cfr. D.S. LIPTON-R. MARTINSON-J.WILKS, *The Effectiveness of Correctional Treatment: a Survey of Treatment Evaluation Studies*, New York, 1975; L. SECHREST, *The Rehabilitation of Criminal Offenders: Problems and Prospects*, Washington, 1979.

⁷ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, p. 281.

⁸ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 13.

condannato, debba arrecare altresì una dose di sofferenza ulteriore –, l'arte del punire si connota oggi precipuamente per la sua incorporeità⁹.

Nel tentativo di giustificare il carcere come pena si potrebbe muovere dalla constatazione che esso rappresenta un castigo egualitario: la privazione della libertà pone idealmente tutti su uno stesso piano. Va peraltro aggiunto che essa assume un significato peculiare all'interno della neonata società industriale, nella quale compaiono delle embrionali forme di lavoro salariato, ovvero retribuito in base al tempo. In questa ottica anche la pena carceraria viene quantificata in relazione alla variabile del tempo, essendo il castigo monetizzato in mesi, giorni, anni: esso viene proporzionato al tempo che occorre per riparare il male arrecato alla società.

A tali considerazioni occorre aggiungere che, sin da principio, il carcere viene strutturato come un apparato per trasformare gli individui: la funzione di correzione degli individui è connaturata insomma all'introduzione del carcere come pena. Infatti

«la prigione non fu dapprincipio una semplice privazione della libertà, cui solo in seguito sarebbe stata attribuita una funzione tecnica di correzione; essa è stata, fin dall'inizio una «detenzione legale» incaricata di un supplemento correttivo, o ancora un'impresa di modificazione degli individui, che la privazione della libertà permette di far funzionare nel sistema legale¹⁰».

Affinché la sanzione penale conseguente all'accertamento della violazione di una norma possa assolvere la sua funzione di correggere l'individuo per restituirlo rinnovato alla società, diviene indispensabile far leva sull'individualità del soggetto recluso: se la legge che criminalizza la condotta e stabilisce l'entità della pena non può che porsi su un piano essenzialmente astratto, la dimensione penitenziaria necessita di una focalizzazione sul singolo reo. In altre parole il percorso penitenziario, pur assumendo come base di partenza la commissione del reato e le circostanze nelle quali questo si è svolto, deve essere orientato non tanto verso il soggetto inteso come autore del delitto, quanto piuttosto verso l'individuo detenuto nel suo progressivo percorso di trasformazione all'interno dell'istituzione carceraria.

⁹ A tal proposito Foucault parla di una «penalità dell'incorporeo», M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 19.

¹⁰ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 253.

Consideriamo infatti che «il castigo legale verte su di un atto, la tecnica punitiva su una vita; essa, di conseguenza, deve ricostituire l'infimo e il peggio nella forma del sapere, deve modificarne gli effetti o colmarne le lacune, per mezzo di una pratica costrittiva¹¹».

A questo proposito può essere utile precisare che, pur a fronte di una componente oggettiva tendenzialmente statica, l'aspetto soggettivo del reato è certamente più magmatico e consente di rinvenire le cause del crimine nella storia del soggetto che ha commesso il reato o nel contesto nel quale questi è cresciuto. Perché nella fase penitenziaria si possano adottare delle misure adeguate al caso concreto e rimuovere le componenti soggettive che hanno indotto a delinquere, occorre partire da un'osservazione scientifica della personalità. D'altra parte,

«il condannato che sconta una pena in carcere è una persona viva: alla staticità del fatto-reato segue ora il divenire di un'esperienza comunque dolorosa, durante la quale il soggetto può diventare diverso, anche molto diverso, da quello che era al momento del delitto. Non si tratta più di un fotogramma ma di un film [...], ossia di una realtà in movimento.

Possiamo noi, può lo Stato, per il principio della intangibilità della sentenza, fare come se questo passaggio dalla pena irrogata alla pena in esecuzione non significasse nulla? Sarebbe una concezione astratta del diritto¹²».

L'importanza della predisposizione di un percorso che consenta al condannato di reinserirsi pacificamente nella società emerge non solo se si guarda alla pena carceraria in funzione di una sua umanizzazione, ma anche se si riflette sulla funzione di difesa sociale che pure il carcere svolge, peraltro in un duplice senso¹³.

Secondo una prima accezione – e nell'opinione dei più – tramite il carcere la società si difende dai delinquenti: in questo senso il carcere viene identificato con una *discarica sociale* e pensato come un luogo di segregazione creato per contenere i nemici di una società che si presume onesta, perché vengano rigidamente sorvegliati e severamente puniti.

¹¹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 276.

¹² M. GOZZINI, *Carcere perché carcere come. Italia 1975-1987*, Firenze, 1988, p. 37.

¹³ M. GOZZINI, *Carcere perché carcere come*, cit., pp. 8 ss.

Non è a questa impostazione che si intende qui far riferimento, bensì a una declinazione più lungimirante della difesa sociale, che muove dall'elementare considerazione che la grandissima maggioranza dei detenuti¹⁴, prima o poi, torna in libertà e, quindi, in società. Al momento di questo reingresso, massimo è l'interesse della società a che questi soggetti non tornino a delinquere. E netta sarà la differenza nella reazione tra chi ha avviato un percorso di revisione critica del proprio passato che ha determinato una nuova apertura verso l'esterno e chi invece si è sentito rinchiuso in una gabbia che ha solo contribuito ad abbruttirlo.

La risocializzazione non guarda allora al solo detenuto nella sua dimensione individuale, ma si rivolge alla società intera, che trarrà solo giovamento da un'istituzione che, lungi dal coincidere con una scuola di perfezionamento della delinquenza, crei nuovi cittadini disposti ad accettare le regole del consorzio sociale precedentemente infrante.

Una considerazione di carattere generale relativa al rapporto tra carcere e società a questo punto si impone e muove dalla constatazione dell'indifferenza della generalità dei consociati per il problema della criminalità. Per meglio dire esso è sovente percepito come un *quid* di estraneo, sia nel momento in cui il criminale si determina nel suo proposito di delinquere, sia nel momento in cui, accertato il reato e condannato il colpevole, si tratta di recuperarlo. La *comunità dei buoni* avverte solo l'esigenza di essere difesa dai criminali, ma non sente sulle proprie spalle il gravoso peso della responsabilità¹⁵.

Consideriamo però che nessuna società esiste in astratto: essa è sempre costituita da esseri umani in carne ed ossa che concorrono nella creazione di condizioni di vita comuni. Il problema della delinquenza non è il problema del singolo che delinque, ma riguarda l'intera società. Prevenzione e recupero non dovrebbero essere appannaggio delle sole istituzioni, ma di ogni singolo cittadino, il quale dovrebbe sentirsi chiamato a collaborare al disegno comune, a

¹⁴ Restano esclusi da questa maggioranza gli ergastolani ostativi, ma sul tema si tornerà *infra*.

¹⁵ Cfr. M. GOZZINI, *Carcere perché carcere come*, cit., p. 97.

«vivere l'esigenza di condividere in pieno la condizione umana dei soggetti più deboli della nostra società, [...] riscoprire l'attenzione per l'altro, accettato per quello che è e non per quello che può dare¹⁶».

Le coordinate sulle ragioni del punire e sul carcere come pena rappresentano i fondamenti teorici per avviare una riflessione sulla dimensione costituzionale dell'esecuzione penale. In quanto fonte suprema dell'ordinamento, la Costituzione fornisce infatti la lente per osservare adeguatamente e da un punto di vista privilegiato questo impervio sentiero.

3. *Il volto costituzionale della pena*

«Mai più un carcere cimiteri dei vivi è stato l'impegno dei nostri padri costituenti, che durante il ventennio fascista avevano conosciuto la mortificazione del "carcere-cimitero". Da quel giuramento è nato l'art. 27 della Costituzione, che finalizza le pene alla "rieducazione" del condannato, anche attraverso la progressiva apertura all'esterno del carcere e il pieno rispetto dei diritti del detenuto. Un "dentro" nella prospettiva di un nuovo "fuori"; non un "dentro" in cui si finisce, ma un "dentro" da cui si ricomincia¹⁷».

Tratteggiare il volto costituzionale della pena significa riflettere, prima ancora che sull'art. 27, c. 3, Cost., sulla funzione della sanzione penale nell'assetto complessivo del nostro ordinamento giuridico, che presenta i caratteri di uno Stato democratico di diritto, laico e pluralista. Proprio in virtù di tale considerazione deve escludersi che la pena possa avere una qualsiasi connotazione di stampo etico o moralistico: non possono essere ad essa assegnate delle finalità trascendenti, né può essere utilizzata in funzione esclusivamente deterrente. Le istanze del vecchio retribuzionismo non trovano insomma spazio nell'attuale ordinamento costituzionale, che tende piuttosto alla garanzia di una pacifica e ordinata convivenza sociale.

¹⁶ M. GOZZINI, *Carcere perché carcere come*, cit., p. 100.

¹⁷ G. LATTANZI, *Costituzione e carcere. Il "viaggio nelle carceri" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018, p. 2.

È in questo solco che si inserisce l'art. 27, c. 3 della Costituzione, ai sensi del quale *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*. Sulla funzione della pena si è discusso a lungo in Assemblea Costituente e l'introduzione del principio rieducativo in Costituzione è seguita a non pochi scontri ideali tra i sostenitori di teorie diverse sulla funzione della pena¹⁸. La prima formulazione – ad opera dei relatori La Pira e Basso¹⁹ – ha subito in effetti numerose modifiche e sul concetto di rieducazione i padri costituenti sono tornati a più riprese per metterne in luce le varie implicazioni, insistendo ora sul fine pedagogico della pena, ora sulla necessità di una riforma del sistema carcerario²⁰, ora sull'importanza del reinserimento sociale del reo²¹.

È il caso di precisare che i costituenti non hanno puntato in questo modo a risolvere in via definitiva l'annosa questione della finalità della pena, ritenendo al contrario che tale scelta fosse da rimettere alla discrezionalità del legislatore. Inserendo il finalismo rieducativo in Costituzione, essi hanno piuttosto voluto fornire un faro che,

¹⁸ Cfr. S. ANASTASIA-F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma, 2009, pp. 23-29.

¹⁹ Così recitava: «Le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo. La pena di morte non è ammessa se non nei codici penali militari di guerra. Non possono istituirsi pene crudeli né irrogarsi sanzioni collettive».

²⁰ Risulta significativo a proposito l'intervento di FUSCO: «in ultimo, signori, io vi domando che per davvero l'articolo che riguarda il trattamento umano da fare ai condannati sia tale; e sia tale in maniera efficiente, non in maniera soltanto empirica ed astratta; perché noi conosciamo che non si può raggiungere una rieducazione del reo, se non lo si mette in una condizione in cui egli non senta ogni giorno la desolazione e l'asprezza di un sistema carcerario che in Italia deve essere modificato alle fondamenta». E ancora BASILE: «aggiungerò una parola sul sistema carcerario. La pena non potrà essere emendatrice, specie per i recidivi, se non riformando le leggi penali, il personale penitenziario e sanitario, di cui bisognerà elevare le condizioni economiche, migliorandone la carriera e il reclutamento, e richiedendo conoscenze nel campo della criminologia e della psicologia giudiziaria. E bisogna abolire il concetto di pena per il minore, a cui si inocula, si innesta, il virus della criminalità, condannandolo al contagio coi peggiori». Entrambi gli interventi sono disponibili al sito www.nascitacostituzione.it/02p1/01t1/027/index.htm?art027-017.htm&2.

²¹ Eloquenti in questo senso le parole di PREZIOSI: «La verità, onorevoli colleghi, è che è necessario arrivare ad una soluzione di questo assillante problema sociale. Noi affermeremo veramente una grande idea, se diremo nella nostra Costituzione che il condannato deve essere trattato in modo tale da poter essere successivamente – se si tratta soprattutto di un delinquente occasionale – riassorbito dalla società; le carceri non debbono diventare le università del delitto, di tutti i delitti, ma debbono essere un luogo dove il reo possa racchiudersi in se stesso, pentirsi del delitto e trovare quelle possibilità, attraverso le innovazioni che si potrebbero apportare nel nuovo ordinamento carcerario, che non gli facciano invece – come avviene oggi – odiare la società che sembra far di tutto per respingerlo da sé» (www.nascitacostituzione.it/02p1/01t1/027/index.htm?art027-017.htm&2).

indipendentemente dalle successive scelte del legislatore relative alle modalità di esecuzione della pena, puntasse i suoi riflettori sull'orizzonte del reinserimento sociale.

In questo orizzonte si inserisce peraltro la scelta dei costituenti di utilizzare il verbo *tendere*. Perché un processo di risocializzazione sortisca l'effetto sperato, all'impegno da parte dello Stato e della società deve giustapporsi la disponibilità psicologica del reo di cooperare. L'esito del processo risocializzativo non è determinabile astrattamente e a priori: ecco perché la pena può solo tendere alla rieducazione. È nel caso di rifiuto del destinatario della sanzione – si pensi ai casi di reati commessi per precise scelte politico-ideologiche – che il principio rieducativo vacilla: e d'altra parte non può essere diversamente, se si vuole rispettare l'autonomia morale dell'individuo.

Possiamo dunque concludere che per la nostra Costituzione la pena va coniugata al futuro²²: distogliendo lo sguardo dal reato, essa assume la persona come fulcro e guarda al soggetto in evoluzione nel tempo.

«Certo, non si deve cedere alla tentazione di una visione semplicistica che pretenda di far scomparire il soggetto dall'orizzonte della cognizione o di far uscire i fatti dai recinti della rieducazione, ma non vi è dubbio che, mentre il fatto puntuale di reato costituisce il perno dell'accertamento processuale, la persona del condannato occupa il centro della scena dell'esecuzione. Ingresso della persona significa, *tout court*, ingresso del tempo o, meglio, di quella particolare dimensione del tempo che è correlata ai concetti di cambiamento, mutamento, metamorfosi. È la stessa costituzione (art. 27, comma 3), del resto, a non inchiodare la persona all'istantanea del reato e a promettere una pena che sia «tensione», tempo verso qualcosa, e in particolare verso quel futuro di risocializzazione che è l'obiettivo di un sistema penale democratico²³».

4. Tra teoria e prassi

²² L'espressione è di R. DE VITO, *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in *Questione giustizia*, 1/2017, p. 39.

²³ R. DE VITO, *L'orologio della società e la clessidra del carcere*, cit., p. 40.

Se la sfida lanciata dalla Costituzione è carica di elevate tensioni ideali, l'osservazione della realtà ci restituisce un quadro poco idilliaco, almeno per ciò che attiene all'esecuzione della pena detentiva, cioè all'interno dell'istituzione carceraria.

Gli orizzonti di risocializzazione dischiusi dall'art. 27, c. 3 faticano a trovare terreno fertile all'interno delle carceri. Propagandate dalla politica attuale come luogo dove contenere il crimine per far fronte a pretese istanze securitarie, esse non sono di certo destinatarie degli investimenti necessari per attuare l'imperativo costituzionale. Appesantite dal fardello di una lentissima burocrazia e simbolo dell'ozio forzato, esse sono oggi ben lontane dal proporre un progetto di rilancio umano e sociale tramite adeguati strumenti di recupero. Lungi dal ridurre il rischio di desocializzazione, lo amplificano a dismisura, deresponsabilizzando e conseguentemente infantilizzando il detenuto.

Il carcere e il sistema penitenziario si trovano infatti perennemente davanti a un bivio: da una parte esso conduce alla strada della responsabilizzazione, cioè a un progetto che coraggiosamente trasformi il carcere da macchina criminogena in laboratorio educativo; dall'altra si trova la battuta strada dell'infantilizzazione, che tende a mantenere il detenuto in una condizione di minorità²⁴. In questo senso proprio il termine rieducazione risulta carico di significato: nulla volendo togliere allo slancio ideale dei costituenti, occorre constatare che esso innegabilmente possiede una connotazione linguistica che ci riporta alla minore età. La rieducazione tocca degli adulti i quali, in virtù della loro condizione, vengono ricondotti a uno stato infantile, che conosce alquanto limitate assunzioni di responsabilità.

Viene spontaneamente da chiedersi che cosa, al di là della sua auspicabilità, resti del fine rieducativo nell'attuale sistema penitenziario. L'interrogativo non sorge per regredire a concezioni meno evolute della pena, bensì per rivolgere l'attenzione a un altro perno dell'esecuzione penale che è sinora rimasto nell'ombra nell'ambito di questo lavoro: i diritti fondamentali della persona e, in particolare, la dignità umana.

²⁴ Sui meccanismi di infantilizzazione che il carcere produce a vari livelli cfr. L. MANCONI-G. TORRENTE, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Bologna, 2015, pp. 397 ss.

Il nesso tra finalismo rieducativo e umanità della pena era ben noto già ai costituenti, i quali non a caso hanno inserito nello stesso c. 3 dell'art. 27 la previsione per cui *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*.

L'umanità della pena è in effetti un criterio indispensabile per interpretare il finalismo rieducativo: perché la pena possa svolgere il ruolo assegnatole, è necessario che essa sia percepita come giusta da chi la sconta; non può quindi consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che come tali vengano percepiti dal condannato. Tra finalità rieducativa e divieto di trattamenti contrari al senso di umanità il nesso è dunque inscindibile e strumentale: perché possa esserci un'effettiva azione rieducativa del condannato, il trattamento penale deve essere ispirato a criteri di umanità. *Simul stabunt, simul cadent*.

Facendo leva sulla necessaria umanità della pena, taluno ha ritenuto addirittura superabile la grande promessa risocializzatrice scritta in Costituzione e ancorata alle speranze riposte dai costituenti nel nascente Stato sociale di diritto: essendo oramai il *reclusorio delle povertà*, il carcere interviene laddove lo stato sociale ha fallito. La crisi economica e lo sgretolamento del *welfare universalista* avrebbero avuto l'effetto non solo di ridurre i percorsi rieducativi, ma anche di selezionare i potenziali fruitori del carcere, ovvero le persone in condizioni disagiate. Il superamento dell'orizzonte di risocializzazione non avrebbe tuttavia cancellato l'imperativo del rispetto della dignità del detenuto, che va sempre garantito in uno stato di diritto, risiedendo esattamente in questo la differenza tra la vendetta privata e la minaccia. Si è insomma sostenuto il superamento del concetto di risocializzazione in ragione della preminenza e della bastevolezza del principio di dignità umana²⁵.

Ma una tale interpretazione della norma costituzionale pare eccessivamente riduttiva. Come afferma Franco Corleone:

«quando i padri costituenti scrissero quella disposizione, scegliendo la strada di non spezzare per sempre il rapporto tra l'individuo che ha commesso un reato e il consorzio civile, pensassero proprio a chi ha compiuto un crimine grave. Non credo, cioè, che una sfida intellettuale così alta fosse costruita per le persone che affollano le carceri di oggi: tossicodipendenti, immigrati, poveri,

²⁵ Cfr. L. MANCONI-G. TORRENTE, *La pena e i diritti*, cit., p 421.

border line, emarginati che disturbano le persone perbene e minacciano il decoro delle città. Infatti scrivere una norma così impegnativa per persone che in carcere non dovrebbero nemmeno entrare, sarebbe stato un esercizio puramente retorico. Il valore di questo articolo consiste proprio nella messa in gioco della società, nella sua capacità di confrontarsi sul terreno dell'inclusione sociale²⁶».

5. Automatismi e individualizzazione del trattamento penitenziario

Nel tracciare un quadro dei rapporti tra pena e Costituzione si è molto insistito sulla finalizzazione rieducativa della pena e sulla sua importanza in virtù del continuo divenire della persona umana.

Occorre adesso precisare che, affinché il principio rieducativo abbia qualche *chance* di materializzarsi nella realtà, esso deve essere preso in considerazione già in sede di accertamento giudiziale e di irrogazione della pena, quindi nelle fasi che precedono l'esecuzione penale. Infatti, se si vuole che il reo percepisca come giusta la sanzione che gli viene irrogata, è essenziale che essa corrisponda al fatto criminoso di cui si è reso autore e sia ad esso proporzionata; in secondo luogo, in ossequio al principio di responsabilità penale personale, la pena deve corrispondere al grado di rimproverabilità dell'agente; e infine bisogna differenziare l'esecuzione penale in ragione dell'entità dell'offesa arrecata e della componente soggettiva del reato, come il principio di uguaglianza sostanziale impone²⁷.

Il presupposto per una fruttuosa individualizzazione del trattamento penitenziario è dunque una corretta individualizzazione della pena in funzione delle caratteristiche oggettive e soggettive del reato accertato. Se è pur vero che la cognizione guarda al fatto e l'esecuzione guarda alla persona che lo ha commesso, non può negarsi il nesso tra i due momenti dell'*iter* giudiziario.

Nesso che pare tuttavia distorcersi negli ormai innumerevoli casi nei quali il trattamento penitenziario di alcune categorie di individui lascia prevalere logiche di

²⁶ F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, pp. 134-135.

²⁷ Cfr. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. GAROFOLI-T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani*, Roma, 2014, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014, p. 6.

stigmatizzazione sulle necessità di individualizzazione. Nascono così discipline differenziali per determinati tipi d'autore, coincidenti con figure tipiche di delinquente pericoloso. In casi come questi alla discrezionalità giudiziale si sostituisce un automatismo: «gli elementi del tipo tendono a fondare direttamente la qualifica, senza la mediazione dell'apprezzamento giudiziale: non sono condizioni per l'orientamento ed il contenimento del potere di qualificazione, ma presupposti per un automatismo²⁸».

Nella fase esecutiva l'automatismo si configura come segue: se il giudice di cognizione accerta che un soggetto ha commesso un determinato reato al quale il legislatore ha collegato una presunzione di pericolosità sociale, scatta automaticamente un meccanismo in virtù del quale questi non potrà – quanto meno nei termini ordinari – raggiungere le condizioni richieste per l'accesso ai benefici penitenziari o alle misure alternative alla detenzione. Si assiste così a una

«cristallizzazione di figure normative di “delinquente tipico” o di “tipi di autore” (*Taetertypus*), strumenti irrazionali prima ancora che “immorali”, dacché subordinano l'operatività (attuale) di istituti e benefici penitenziari con riferimento esclusivo alla “storia” delinquenziale del soggetto, rivelando una visione “strabica” della personalità del reo, che guarda solo al passato senza alcun riguardo all'evoluzione della personalità successiva al delitto stigmatizzante; e che potrebbe, così operando, rendere inutilmente punitiva la prosecuzione dell'espiazione *in vinculis*, contraddicendo il parametro di cui all'art. 27, co. 3, Cost. Disattivare il *Taetertypus* significa, in altre parole, evitare l'innescio di automatismi legali dalle maglie così stringenti per il giudice da risolversi nella totale obliterazione della flessibilità della pena, tratto connaturale alla funzione rieducativa della medesima²⁹».

Se l'orizzonte entro il quale ogni misura privativa della libertà deve inserirsi per essere costituzionalmente legittima è quello rieducativo, nessuna sanzione penale può legittimamente discostarsi dal finalismo rieducativo in nessun momento della sua vicenda ordinamentale. Ne ricaviamo una conferma ulteriore dall'abolizione dell'ultimo strascico della pena di morte ad opera della legge di revisione n. 1 del 2007, che poteva

²⁸ G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011, p. 2.

²⁹ F. FIORENTIN, “Tre colpi e sei fuori”: una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena, in *RIDPP*, 4/2010, pp. 1890-91.

rappresentarne l'unica eccezione³⁰. Per la nostra Costituzione neanche il criminale più incallito può ritenersi perso per sempre.

Il c.d. "doppio binario penitenziario" – espressione con la quale si fa riferimento alla differenziazione del percorso penitenziario in base al reato per il quale si viene condannati – si allontana dall'orizzonte costituzionale dell'esecuzione penale. In virtù del precetto scolpito nell'art. 27, c. 3 il fulcro dell'esecuzione penale dovrebbe essere l'individualizzazione del trattamento, quindi l'adattamento del percorso penitenziario alla specifica personalità del condannato al fine di un suo reinserimento sociale; il nostro legislatore tende invece alla differenziazione, proponendo «non più un trattamento duttilmente elaborato sulle specificità del reo [...] ma anelasticamente saldato alla natura del reato commesso³¹». Volgendo lo sguardo alla storia delinquenziale del detenuto e alla sua scelta criminale, si apre così un ampio apparato di preclusioni.

Proprio da tali considerazioni può prendere avvio una riflessione sul c.d. regime ostativo, fondato esattamente su automatismi preclusivi inerenti alla tipologia di reato.

6. Regime ostativo e diritto alla speranza

Il regime ostativo è un meccanismo introdotto dal d.l. 13 maggio 1991 n. 152, poi convertito con la l. 12 luglio 1991, n. 203, che ha provveduto all'inserimento dell'art. 4-bis nell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354). In virtù di tale disposizione normativa³² ai condannati per taluni delitti – ritenuti espressione tipica di una criminalità connotata da elevati livelli di pericolosità – viene negata la possibilità di accedere alla gran parte dei benefici penitenziari, a meno che essi non decidano di collaborare con la giustizia. Secondo il legislatore dell'epoca, solo la condotta collaborativa sarebbe infatti stata espressione certa del distacco dall'organizzazione criminale di appartenenza.

³⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, cit., pp. 113 ss.

³¹ F. SIRACUSANO, *"Cronaca di una morte annunciata": l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della "riforma tradita"*, in *Arch. Pen.*, 3/2019, p. 5.

³² L'art. 4-bis ha nel tempo subito innumerevoli modifiche, come si avrà modo di illustrare diffusamente nel corso dell'elaborato.

«Icona dell'emergenza penitenziaria degli anni '90 del secolo passato, l'art. 4-bis ord. penit. continua a rappresentare lo strumento privilegiato per una differenziazione esecutiva fondata sul titolo di reato, riproponendo risalenti - anche se discutibili - concezioni soggettivistiche del diritto penale, esasperate, in modo particolare, dalla reintroduzione di arcaici automatismi sanzionatori, che privano il giudice della discrezionalità necessaria a graduare individualmente la pena³³».

Riservando al prosieguo le riflessioni sulle ragioni dell'introduzione di tale norma nell'ordinamento e sulla sua evoluzione storica, concentriamoci ora sulla configurazione del meccanismo ostativo: esso elide la discrezionalità del magistrato di sorveglianza nella concessione di benefici penitenziari e misure alternative - pur sussistendone le altre condizioni previste dall'ordinamento penitenziario - a fronte della condanna per taluni delitti, quindi indipendentemente dal percorso compiuto dal singolo condannato. L'individualizzazione del trattamento penitenziario, corollario del finalismo rieducativo, diviene così una ragione di second'ordine rispetto alle istanze securitarie.

Se la configurazione dell'automatismo in sé desta non poche perplessità a fronte dell'imperativo costituzionale, le questioni più spinose raggiungono l'acme nell'ipotesi in cui al soggetto condannato per un reato c.d. ostativo - cioè un reato contenuto nell'elenco dell'art. 4-bis - venga irrogata la pena dell'ergastolo. L'ergastolano ostativo non ha scampo: la prospettiva, a meno che non collabori, è quella di una pena che durerà fino alla sua morte.

Prima di scandagliare le ragioni di incostituzionalità del meccanismo in questione, si consenta qualche considerazione preliminare e di carattere generale.

Se è vero che il concetto stesso di esistenza si sostanzia in un perenne divenire e in una perenne rinascita a partire dalle proprie ceneri, all'ergastolano ostativo - che pure è un uomo che esiste - ogni possibilità di rinascita è negata in radice. E se esistere è anche sentirsi coinvolti nel destino dell'altro - *rectius* di ogni altro -, è l'intera comunità dei consociati che subisce gli effetti negativi di questa impossibilità di rinascita³⁴.

³³ C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 2 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 398.

³⁴ Cfr. S. ANASTASIA-F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, cit., pp. 18-19.

L'attuale opinione pubblica tende tuttavia a confondere il sentimento di giustizia con un istinto di vendetta o di ritorsione, che allontana dal detenuto in quanto uomo per lasciar spazio a un'ossessione securitaria e a istanze giustizialiste. Eppure, è il caso di ricordare, «la pena non è la passionale e smodata vendetta dei privati: è la risposta calibrata dell'ordinamento giuridico e, quindi, ha tutta la misura propria degli interventi del potere sociale che non possono abbandonarsi ad istinti di reazione e di vendetta, ma devono essere pacatamente commisurati alla necessità, rigorosamente alla necessità, di dare al reato una risposta quale si esprime in una pena giusta³⁵».

E può veramente considerarsi giusta una pena a carattere sostanzialmente ablatorio, che priva di qualsiasi speranza, prospettiva, sollecitazione al pentimento?

Se la pena di morte – che tanto ripugna alla società dei benpensanti – tronca in un momento la vita del soggetto, l'ergastolo ostativo giunge sostanzialmente allo stesso risultato, ma lasciando morire un poco alla volta. Trattasi di una morte-supplizio, «l'arte di trattenere la vita nella sofferenza, suddividendola in *mille morti* e ottenendo, prima che l'esistenza cessi, *the most exquisite agonies* [...]. Un'arte quantitativa della sofferenza³⁶».

La sostituzione della pena di morte con l'ergastolo è probabilmente servita a guadagnarci l'assoluzione dalle nostre coscienze: ci assalirebbe uno strano senso di colpa qualora ammettessimo di poter annientare una vita umana, non foss'altro che per il grande rispetto che sentiamo di doverle. Ma destinare una persona a consumare lentamente la sua esistenza all'interno di una cella senza alcuna possibilità di ripensare a un futuro in libertà, in fondo, non ha un significato molto diverso dall'annientamento³⁷.

Se restiamo saldi nel proposito di tutelare la persona umana come fine in sé – e se su tale assunto pretendiamo di fondare l'abolizione della pena di morte – sarebbe quanto

³⁵ Parole pronunciate da Aldo Moro durante una lezione di diritto penale e riportate in S. ANASTASIA-F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, cit., p. 139.

³⁶ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 37. D'altra parte anche Cesare Beccaria era dello stesso avviso: «Chi dicesse che la schiavitù perpetua è dolorosa quanto la morte, e perciò egualmente crudele, io risponderò che sommando tutti i momenti infelici della schiavitù lo sarà forse anche di più, ma questi sono stesi sopra tutta la vita, e quella esercita tutta la sua forza in un momento», C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 120.

³⁷ S. ANASTASIA-F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, cit., p. 101. Con altre parole: «molti sono contrari alla pena capitale perché ritengono sacra la vita. E preferiscono murare viva una persona per stritolarle il cuore più lentamente. In fondo noi ergastolani non chiediamo molto. Solo un barlume di speranza. Nient'altro», C. MUSUMECI-A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, p. 53.

meno fortemente ipocrita restare ancorati alla pena dell'ergastolo ostativo, a meno che non vogliamo arrestarci sulla soglia delle mere affermazioni di principio.

Per cercare delle giustificazioni alternative dovremmo tornare a riflettere sulla funzione che vogliamo assegnare alla pena. Qualora infatti ritenessimo che la pena sia sostanzialmente mera afflittività – e solo nel tentativo di giustificarla da un punto di vista teorico le attribuissimo ora la funzione rieducativa, ora quella retributiva, ora quella preventiva –, allora l'istituto dell'ergastolo ostativo rappresenterebbe una controprova ideale. Esso farebbe infatti emergere la reale sostanza della pena detentiva, squarciando il fallace velo delle sue classiche funzioni legittimanti: «proprio perché l'ergastolo si pone in continuità con i tratti caratteristici della pena in sé, dell'infondatezza delle sue funzioni legittimanti, si propone come qualcosa di qualitativamente diverso, in cui è soprattutto l'autore, più che il fatto in sé, ad essere ricostruito come nemico di cui vendicarsi e da annullare. Ma è in virtù di questo rovesciamento che emerge la vera sostanza della pena detentiva, facilmente riconducibile a mera afflizione e controllo sugli individui pericolosi³⁸».

Se tuttavia la prospettiva della pena come pura afflizione non soddisfa – e d'altra parte risulta difficilmente condivisibile all'interno di un ordinamento costituzionale che mette al centro la persona umana –, diviene indispensabile ripensare criticamente alla disciplina dell'ergastolo ostativo. Affinché possa avviarsi un fruttuoso dibattito su questo tema, bisognerebbe in primo luogo far leva sul senso comune, sull'orientamento culturale della società, mettendo in campo una rappresentazione del carcere e della pena che tenga conto del messaggio fondamentale contenuto nella Costituzione. Diritto, politica e società dovrebbero divenir parte di un circolo virtuoso per poter porre fine alla spirale della paura utilizzata per incanalare consensi, utilizzando il linguaggio della vita e facendo appello all'amore per la libertà proprio di ogni essere umano. Basterebbe, in poche parole, tornare all'umanità dell'uomo³⁹.

Così, parlare di una *pena di morte viva* ci induce a riflettere non solo sulla condizione degli ergastolani senza scampo, bensì su noi che ne siamo fuori e che ci dimentichiamo volutamente del dentro. Il ripensamento in chiave critica dell'ergastolo

³⁸ S. ANASTASIA-F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, cit., p. 95.

³⁹ Cfr. S. ANASTASIA-F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, cit., pp. 85-90.

ostativo non può che partire dalla società, se vuole arrivare a una scelta politica matura, e muovere dall'accorgimento che all'interno di uno stato democratico di diritto « la pena dovuta è la pena giusta, e la pena giusta è solo la pena non contraria alla Costituzione⁴⁰».

6.1 *Espiare la pena vivendo*

«Qual è la mia pena, Signore?»

«Andrai ramingo e fuggiasco per il mondo».

«Signore» replicai io «ma chiunque mi incontrerà e mi riconoscerà come Caino potrà uccidermi?»

«No, dovrai a lungo espiare la pena vivendo. Nessuno dovrà ucciderti. Avvicinati a me».

Sempre in ginocchio mi mossi e arrivai davanti a Lui. Mi mise una mano sul capo e poi la levò. Proprio dove aveva posato il palmo cominciò a spuntare un'escrescenza carnosa assai simile al corno di un animale.

«Ecco» disse Dio «ti ho messo sulla testa un segno di riconoscimento. Nessuno tocchi Caino. Tu morirai dopo la settima generazione o almeno tutti ti crederanno morto, ma il tuo corpo invece continuerà a vivere».

«Grazie, Signore».

«No, non ringraziarmi. Vivere per l'eternità sulla terra è il male peggiore che possa capitare. E ora levati dal mio cospetto»⁴¹.

Gli uomini ombra, condannati ad essere considerati eternamente cattivi e colpevoli, condividono con Caino lo stesso destino. E, come Caino, faticano ad accettare un fardello così gravoso⁴², anche a causa del fenomeno di triplo schiacciamento al quale vengono sottoposti: «perché espropriati della propria vita in quanto ergastolani; privati di ogni residua speranza in quanto ostativi; stralciati dalle normali regole del trattamento penitenziario in quanto sottoposti al regime del c.d. carcere duro⁴³».

Non c'è dubbio: Caino – volendo in questo nome compendiare le caratteristiche del peggior criminale – deve essere punito. Ma da uno Stato conscio dell'orizzonte

⁴⁰ C. MUSUMECI-A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., p. 176.

⁴¹ A. CAMILLERI, *Autodifesa di Caino*, Palermo, 2019, pp. 59-60.

⁴² «E a volte penso che quando sarò morto sarò così sfinito di vivere, da desiderare che non ci sia un'altra vita», C. MUSUMECI-A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., p. 46. Ancora: «per gli ergastolani senza scampo i giorni sono brevi e le notti lunghe, poiché le nostre notti sono senza sogni. E i nostri domani saranno cupi come il presente, perché vivere senza speranza è un po' come essere soli in un'isola deserta. Ed è dura sapere che non farai più parte dell'umanità», *ibid.*, p. 49.

⁴³ C. MUSUMECI-A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., p. 66.

costituzionale entro il quale è chiamato a esercitare il suo potere punitivo. La presenza di rigidi automatismi legislativi che impediscono di accedere ai benefici penitenziari e alla misure alternative finisce invece per far passare l'imperativo costituzionale della rieducazione in secondo piano rispetto all'opzione repressiva, nonostante la consapevolezza dell'imprescindibilità dell'individualizzazione del trattamento penitenziario ai fini del reinserimento.

Una pena costituzionalmente orientata deve concedere al condannato l'opportunità di divenire in futuro ciò che non è stato in passato; deve saper distinguere tra l'errore e l'errante⁴⁴.

Ed è esattamente su questa presa di coscienza che bisogna insistere per imparare a guardare Caino con la consapevolezza che questi non è tutto e solo nel suo errore e per acquisire l'umiltà necessaria per riconoscere che l'errore fa parte dell'esperienza umana. D'altra parte, a nessuno di noi piacerebbe essere ricordato per la cosa peggiore che ha fatto⁴⁵.

«È questo il punto di incontro desiderabile: la presa di coscienza, accessibile anche dagli spiriti più esacerbatissimi dai delitti, che nessun individuo, noi compresi, è uguale a quell'«io» che era venti o trenta anni fa, e perciò è ragionevole che il nostro giudizio sia diverso a seconda che si appunti su quella o su questa figura. Nessuno – è stato scritto – è mai tutto in un gesto che compie, buono o cattivo che sia. Ciò che oggi sembra indegno di qualsiasi atteggiamento benevolo, può diventarne creditore dopo molto tempo e moltissimo patire⁴⁶».

Dalla stessa voce degli ergastolani si leva, con un grido di pietà, una richiesta di essere messi alla prova per dimostrare l'insensatezza di questa pena:

«Quello che chiediamo non è un passaggio 'indolore', dimentichi delle lacerazioni prodotte, quanto che ci venga lasciata almeno la speranza di un superamento [...]. Noi chiediamo alla società soprattutto di metterci alla prova, se la volontà che esprimiamo può essere accolta e verificata in un

⁴⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. cost.*, 4/2018, pp. 1651-53.

⁴⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in DOLCINI E.-FASSONE E.-GALLIANI D.-PINTO DE ALBUQUERQUE P.-PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, pp. 101 ss.

⁴⁶ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, p. 210.

costruttivo rapporto col mondo esterno [...]. Ci sembra utile sottolineare la necessità di abolizione dell'ergastolo; sia perché non pensiamo che la condanna a vita dentro le mura del carcere produca un qualche risarcimento al danno sociale ed umano prodotto, sia perché pensiamo che una condanna più mite (pure i trentacinque anni proposti) possa essere stimolo e riconoscimento della trasformazione che la persona può compiere nel momento in cui riconosce l'errore commesso e non ultimo significa aprire spazi di reinserimento alla vita civile e sociale in un tempo accettabile e realistico di vita umana. *Se noi abbiamo pure commesso l'errore di dare la morte, chiediamo alla società di non imitarci negando la vita*⁴⁷».

7. Le ragioni di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo

Veniamo adesso agli aspetti più tecnici per tentare di comprendere quali siano le ragioni di carattere più strettamente giuridico che consentono di tacciare di incostituzionalità l'ergastolo ostativo⁴⁸.

A partire dalla ragione più evidente: essendo condannati a una forma di detenzione intramuraria effettivamente perpetua, gli ergastolani ostativi vedono sgretolarsi qualsiasi concreta possibilità di risocializzazione. Palese è perciò la violazione dell'art. 27, c. 3, che intende assegnare alla rieducazione proprio il significato di un reinserimento sociale – e non di una mera emenda interiore.

L'ergastolo ostativo, così come attualmente configurato nel nostro ordinamento, rende del tutto irrilevante un eventuale percorso di revisione critica del proprio passato da parte del detenuto, poiché quel che conta ai fini dell'accesso alle misure alternative o a della concessione dei benefici penitenziari è essenzialmente la collaborazione con la giustizia. Al di fuori di questa ipotesi, scatta una presunzione assoluta di pericolosità sociale, desunta da elementi estrinseci – la commissione di un determinato fatto di reato – e non da una valutazione individualizzata.

A destare ulteriori perplessità è l'automaticità di un meccanismo ancorato al tipo di reato commesso e contornato da una serie di presunzioni legali assolute, relative alla

⁴⁷ M. GOZZINI, *Carcere perché carcere come*, cit., pp. 135-136.

⁴⁸ Una compiuta analisi delle ragioni di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo, illustrate nella forma di un ipotetico atto di promovimento alla Corte costituzionale, è rinvenibile in A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., pp. 110 ss..

pericolosità sociale del soggetto, alla sua permanenza all'interno del sodalizio criminale, all'impossibilità di un suo ravvedimento – dimostrabile solo assumendo una condotta collaborativa. L'impossibilità di superare tali presunzioni – che, in quanto assolute, non sono suscettibili di prova contraria – si traduce in una lesione del cardine costituzionale in virtù del quale il trattamento penitenziario deve essere parametrato al singolo detenuto, che è peraltro un essere – come ogni altro – in perenne evoluzione.

Si consenta di aprire in questa sede una breve parentesi sulla scelta di politica criminale sottesa a questo meccanismo, sebbene sul punto si tornerà approfonditamente più avanti. Dovendo far fronte a una recrudescenza della delinquenza di stampo terroristico e mafioso, il legislatore degli anni '90 decide di inserire anche il carcere nella complessa macchina investigativa. Ma è evidente che il soggetto che decida di collaborare non sempre è realmente ravveduto, banalmente perché potrebbe essersi determinato a seguito di considerazioni utilitaristiche attinenti alla mitigazione della pena. E, viceversa, il detenuto che non voglia collaborare può essere giustificabile alla luce di diverse ragioni: la paura per la propria incolumità o per quella dei propri cari; la presenza nelle associazioni criminose di persone legate da vincoli affettivi; l'assenza di un sincero pentimento; la materiale impossibilità di collaborare in quanto innocente.

Appurato che l'equazione collaborazione-ravvedimento non è così scontata, andrebbero studiate delle alternative a un meccanismo imperniato su una presunzione assoluta. Si potrebbero infatti adottare, accanto alla collaborazione, criteri diversi e ulteriori per valutare il ravvedimento del condannato e l'assenza di legami con la criminalità – ad esempio le attività riparatorie poste eventualmente in essere dal soggetto per sanare le conseguenze del delitto, riconoscendo la posizione soggettiva della vittima del reato –, restituendo dei margini di discrezionalità alla magistratura di sorveglianza⁴⁹.

Un'ulteriore ragione di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo si fonda sulla violazione dell'art. 24 Cost., cioè del diritto di difesa, da intendersi in questo caso come diritto al silenzio. Esso verrebbe infatti leso sia nella fase di cognizione, venendo la strategia di difesa inevitabilmente influenzata dai prevedibili effetti della mancata collaborazione in sede di esecuzione, in caso di condanna per il reato contestato; sia in

⁴⁹ Cfr. P. CANAVELLI-C. MUSUMECI, *Ergastolo. Giorno e notte*, in *Giustizia insieme*, 8/2012, p. 36.

sede esecutiva, allorché la mancata concessione dei benefici verrebbe ad assumere il significato di una sanzione per un legittimo esercizio del diritto al silenzio. La disciplina attuale infatti non è impostata in modo da concedere un premio a chi collabora, ma da penalizzare chi non si decida a farlo.

Si potrebbe ancora ipotizzare una violazione del divieto di pena di morte *ex art. 27, c. 4., Cost.*: in quanto pena fino alla morte, l'ergastolo ostativo è sussumibile nella categoria della morte come pena. Con essa condivide infatti la natura sostanzialmente ablativa, attuata tramite la «cancellazione di futuro, azzeramento di ogni speranza, amputazione dal consorzio umano⁵⁰».

Volgendo lo sguardo verso la dimensione transnazionale di tutela dei diritti umani, la cui violazione sarebbe contraria alla Costituzione nella misura in cui farebbe venir meno l'Italia agli obblighi internazionalmente assunti (art. 117, c. 1, Cost.), l'ergastolo ostativo non sarebbe immune da criticità.

In quanto pena perpetua non riducibile contrasterebbe infatti con l'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Perché una pena non si traduca in un trattamento inumano, secondo le indicazioni interpretative fornite dal giudice di Strasburgo, occorre che siano rispettate alcune condizioni: devono anzitutto sussistere delle concrete prospettive di scarcerazione, anche a fronte dell'irrogazione di una pena perpetua; bisogna dare al detenuto la possibilità di conoscere i presupposti per ottenere una riduzione della pena perpetua e di sapere in quale momento potrà richiedere o avrà diritto a un riesame della pena; è infine imprescindibile una periodica verifica dei progressi compiuti dal condannato.

Considerando infine che la peculiare situazione di costrizione psico-fisica dell'ergastolano ostativo può agevolmente determinare delle pressioni sulla sua sfera di volontà – in ragione del fatto che si trova a scontare una pena *sine die* dal carattere totalmente intramurario e che è spesso sottoposto al regime del 41-*bis*, che sospende le normali regole del trattamento penitenziario – e che l'unico modo per “normalizzare” il suo percorso penitenziario è collaborare con la giustizia, l'ergastolo ostativo non si

⁵⁰ A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 120.

allontana molto dalla definizione internazionale di tortura. Essa è infatti intesa come l'inflizione di sofferenze fisiche o morali al fine di ottenere delle informazioni o delle confessioni. E come la tortura, anche l'ergastolo ostativo è commisurato alla capacità di resistenza del soggetto passivo, quindi è caratterizzato dalla stessa indeterminatezza temporale.

8. Ergastolo e populismo penale

La partita dell'ergastolo si è sempre giocata sul terreno dell'opportunità politica: una sostituzione della pena perpetua con una pena detentiva limitata nel tempo rischierebbe di essere percepita dall'opinione pubblica come una forma di cedimento dello Stato nei confronti dei più acuti fenomeni criminali, oltre che come un *vulnus* alla "certezza della pena", oggi tanto declamata seppur in un senso del tutto improprio.

La certezza della pena ci parla infatti della necessità di scoprire e di punire chiunque abbia commesso un fatto di reato e, in secondo luogo, dell'esigenza di dare un fondamento legale alla pena, secondo l'antico adagio *nulla poena sine lege*, che rappresenta l'*alter ego* del principio di legalità delle pene. Nulla di tutto ciò induce a concludere – come oggi si vorrebbe far credere – per l'impossibilità di modifica delle pene *in itinere*, che equivale a disconoscere in astratto e a priori i possibili mutamenti del detenuto nel tempo.

«L'indissolubile binomio egualitario pena/carcere – siglato sotto l'egida della sua "certezza" – ha spinto verso un repentino e malaugurato mutamento di rotta da parte di chi mostra di non percepire come la pena ostinatamente eseguita in tutta la propria estensione all'interno del carcere, senza alcuna tensione verso la libertà responsabilizzante, non è in grado di garantire alcuna "creazione di capacità" che costituisce il nucleo essenziale del processo rieducativo⁵¹».

Se ragioni di populismo politico hanno sinora prevalso sulle buone intenzioni riformatrici, è stato perché la politica ha deciso di sfruttare la pena come *medium comunicativo*. Diversamente dalle riforme tecniche che intervengono sul processo o

⁵¹ F. SIRACUSANO, "Cronaca di una morte annunciata", cit., p. 15.

sull'ordinamento penitenziario, mettere mano sulle pene e sulla loro durata ha sempre infatti un enorme impatto mediatico. E, dato che l'opinione pubblica si identifica con l'allarmismo dei media e non tiene di certo in considerazione le statistiche sulla criminalità, «si spiega agevolmente l'ignavia di una politica che segue (invece di guidare) gli umori e i rumori della piazza [...]. Si tratta di un *format* collaudato, sempre cangiante eppure sempre eguale: si parte da un'accorta selezione di casi di cronaca e li si fa oggetto di mirate campagne d'informazione, capaci di trasformare il verosimile in struttura del reale⁵²».

La disciplina dell'ergastolo riflette insomma le continue tensioni tra una politica sempre più ispirata a una logica del nemico, tendente quindi a neutralizzare il delinquente, e il rispetto delle garanzie fondamentali della persona. E le istanze punitive dell'opinione pubblica hanno un peso non marginale in tale oscillazione.

Lungi dal negare la necessità che il legislatore mantenga la sua discrezionalità in relazione alle scelte di politica penitenziaria e quindi all'eventuale differenziazione dei percorsi di accesso alle misure alternative anche in base alle esigenze di sicurezza collettiva, è importante ribadire che il suo faro deve comunque restare la Costituzione. Le ragioni di prevenzione speciale non possono certo mettere in ombra la funzione rieducativa: pena certa non significa lasciare *marcire in galera*⁵³.

Per impostare correttamente il problema occorre porsi, prima ancora che sul piano dell'umanizzazione della pena, su quello della legalità costituzionale e, in particolare, della compatibilità dell'ergastolo con le prospettive di risocializzazione alle quali la Carta fondamentale apre. E in questo senso tale pena pone dei problemi già nella sua statica previsione edittale, e dunque prima del momento dinamico dell'esecuzione: quando la Corte costituzionale dichiara l'ergastolo – comune, i.e. non ostativo – conforme a Costituzione pare infatti che incappi in un'aporìa.

«Il Giudice delle leggi ci dice che l'ergastolo non viola la Costituzione perché non è più pena perpetua: cioè, costituzionalmente parlando, afferma che l'ergastolo esiste in quanto tende a non esistere. In tal modo, però, l'argomento della Corte costituzionale dimostra, *a contrario*, che una reclusione a vita è

⁵² A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014, p. 11.

⁵³ Cfr. M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *RIDPP*, 3/2018 pp. 1359 ss.

certamente incostituzionale: dunque tutti i colpevoli che – per le ragioni più varie – hanno scontato un ergastolo fino a morire, sono stati sottoposti ad una pena che la Costituzione respinge. È accaduto. Accade anche oggi. Continuerà ad accadere, sopravvivendo edittalmente la pena della reclusione perpetua⁵⁴».

In altri termini, se si ritiene che l'ergastolo possa essere mantenuto nell'ordinamento solo perché non è una pena veramente perpetua – in ragione della possibilità del condannato all'ergastolo di accedere alla liberazione condizionale⁵⁵ –, perché non abolirlo?

È forse giunto il tempo che i giuristi escano dall'accademia e dalle aule di tribunale e comincino a parlare alla società civile: è proprio da lì che bisognerebbe ripartire per avviare una battaglia culturale sull'umanizzazione della pena, seguendo il paradigma costituzionale⁵⁶.

⁵⁴ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in DOLCINI E.-FASSONE E.-GALLIANI D.-PINTO DE ALBUQUERQUE P.-PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza*, cit., p. 82.

⁵⁵ Va comunque precisato che salvare costituzionalmente l'ergastolo in ragione della possibilità dell'ergastolano di accedere alla liberazione condizionale non persuade per diversi ordini di ragioni. La liberazione condizionale non è infatti una misura automatica, ma una *spes beneficii* concessa dal giudice nel caso in cui il condannato abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento. A questo fine si richiede che il detenuto abbia tenuto una regolare condotta, che abbia rimosso le conseguenze dannose derivanti dal reato, che si sia pentito della sua condotta criminale. La valutazione discrezionale in merito all'esistenza di tali parametri rende incerta la concessione della misura e la pena che ne deriverebbe sarebbe peraltro indeterminata nel massimo, con una patente violazione del principio di stretta legalità penale: trascorsi i 26 anni per accedere alla liberazione condizionale il condannato resterebbe in balia dell'autorità statale. Solo per un orientamento giurisprudenziale minoritario occorre guardare alla prognosi della futura condotta del condannato. Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., pp. 85 ss.

⁵⁶ Cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in DOLCINI E.-FASSONE E.-GALLIANI D.-PINTO DE ALBUQUERQUE P.-PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza*, cit., pp. 11 ss. e, in particolare, p. 42.

CAPITOLO 2 – GENESI DEL REGIME OSTATIVO E COLLABORAZIONE CON LA GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. La genesi storico-giuridica dell'art. 4-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354 - 2. La nascita dell'attuale regime ostativo - 2.1 I dibattiti parlamentari intercorsi in sede di conversione del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 - 3. L'istituto della collaborazione: alcune coordinate storico-giuridiche - 4. I collaboratori di giustizia: precisazioni terminologiche - 4.1 La disciplina processuale - 4.2 Il piano penitenziario - 5. La parola ai giudici - 6. La *ratio* della disciplina premiale per i collaboratori di giustizia - 7. Il regime ostativo al vaglio della Consulta - 7.1 L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla funzione della pena - 7.2 Le pronunce della Corte costituzionale in materia di ergastolo ostativo - 8. Gli impulsi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: prospettive convenzionali sul *life imprisonment without hope* - 8.1 La compatibilità convenzionale dell'ergastolo ostativo: il caso *Viola v. Italia*

1. La genesi storico-giuridica dell'art. 4-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354

Quale retroterra indispensabile ai fini della comprensione profonda dei fenomeni giuridici e della loro evoluzione, il quadro storico-giuridico che campeggia dietro ogni riforma non può non essere preso in attenta considerazione, anche in virtù di una naturale tendenza del diritto verso la società; in essa infatti il diritto trova origine e giustificazione, secondo l'antico adagio *ubi societas, ibi ius*. Le ragioni e gli eventi che si pongono alla base dell'introduzione dell'art. 4-bis nell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) meritano peraltro di essere indagati con un'attenzione del tutto peculiare⁵⁷.

Introducendo nuove prospettive di decarcerizzazione, oltre che una rinnovata declinazione della premialità, la l. 10 ottobre 1986, n. 663 - c.d. legge Gozzini - costituisce il punto dal quale la nostra linea di indagine storico-giuridica può cominciare a dipanarsi. Arretrare di qualche passo consente infatti di comprendere le ragioni del radicale mutamento di rotta che si avrà di lì a poco.

⁵⁷ Per un *excursus* storico tanto completo quanto approfondito cfr. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-1993)*, Padova, 1994, pp. 73 ss; V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-1993)*, Padova, 1994, pp. 3 ss.

Nonostante lo spirito innovatore della legge avesse inizialmente suscitato notevole entusiasmo, la sua demonizzazione non si fece attendere, probabilmente in ragione di un duplice ordine di fattori: anzitutto, l'allarme sociale derivante dalle stragi imputabili alla criminalità organizzata di stampo terroristico prima e mafioso poi, culminate nell'uccisione dei giudici Giovanni Falcone e Paolo Borsellino e delle rispettive scorte nell'estate del 1992; in secondo luogo, l'introduzione nel 1989 del codice di rito e, con esso, della nuova disciplina dei riti abbreviati. Le riduzioni di pena previste per chi avesse deciso di accedere a tali riti, andando ad incidere sul *quantum* della sanzione – quindi sull'unico elemento oggettivo posto alla base delle forme di premialità operanti nella fase esecutiva –, sortirono l'effetto di concedere misure extramurarie in tempi sfasati rispetto all'effettiva pericolosità dei destinatari.

Con il mutamento del terreno di gioco un nuovo intervento del legislatore divenne – o comunque cominciò ad essere avvertito come – necessario; «e poiché sullo sfondo di un simile mutamento di sensibilità, da parte della coscienza sociale, campeggiavano i timori legati al diffondersi delle più allarmanti forme di criminalità ed alla scarsa fiducia nella capacità del sistema di farvi fronte – perfino in sede esecutiva – era pressoché inevitabile che tali interventi puntassero, anzitutto, su un ridimensionamento delle possibilità di impiego delle misure premiali extramurarie nei confronti dei condannati per i più gravi delitti di criminalità organizzata⁵⁸».

Già nel 1990 cominciarono a intravedersi le prime epifanie di un irrigidimento del trattamento penitenziario fondato sulla natura del reato commesso: con la l. 19 marzo 1990, n. 55 subì un'importante modifica l'art. 30-ter o.p., relativo alla disciplina del permesso premio⁵⁹. L'intervento normativo subordinò la concessione dei permessi

⁵⁸ V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 4.

⁵⁹ Probabilmente si decise di intervenire proprio sulla disciplina del permesso premio per via del suo duplice volto: esso è infatti al contempo *delizia e croce*. Come scrive E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., pp. 145-146: «Il permesso ha un suo profilo individuale e «pulito», che discende dalle logiche del trattamento: è un premio per il detenuto che ha mostrato di accogliere e praticare i valori diversi che dovranno allontanarlo dal reato; è un mezzo per riaganciare qualche rapporto con il mondo nel quale dovrà tornare; è un traguardo che illumina i giorni piatti del detenuto e lo rende più operoso e disponibile; è uno stimolo a collaborare con l'istituzione, anziché porsi in posizione conflittuale con essa [...]. Ma, secondo altri punti di vista, il permesso presenta aspetti assai meno idilliaci. Per chi vive la reclusione in modo recisamente antagonista, esso è uno strumento di addomesticamento a buon mercato, una lusinga e una costante minaccia di perdita del beneficio, che anestetizza qualsiasi lettura «politica» della detenzione e ne garantisce la funzione oppressiva e totalizzante. Per l'istituzione, poi, il permesso è una grossa fonte di preoccupazioni: c'è il pericolo che il detenuto fruitore porti fuori qualcosa che non deve uscire, o che egli

premio alla prova della presenza di «elementi tali da escludere la attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata» – prova negativa e, in quanto tale, diabolica – per i condannati per i reati commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, per i reati di criminalità organizzata, nonché per il reato indicato nell'art. 630 c.p.

Cominciò in questa maniera a prendere forma il c.d. “doppio binario penitenziario”, una differenziazione del trattamento penitenziario dei condannati alla pena detentiva basata sulla tipologia di reato commesso.

Anno provvido di segnali indicativi del nuovo orientamento del legislatore, il 1990 vide anche abortire un disegno di legge governativo avente l'obiettivo di estendere alle altre misure rieducative diverse dal permesso premio la prova negativa circa l'esistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, previa acquisizione di un parere obbligatorio del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica e di un conseguente parere motivato del prefetto.

A seguito dell'ulteriore fallimento di tre decreti legge si giunse nel 1991 all'introduzione dell'art. 4-bis nell'ordinamento penitenziario tramite il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, recante “Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa”, convertito con la l. 12 luglio 1991, n. 203. L'art. 4-bis o.p., in questa sua originaria formulazione, configurava una separazione tra due distinte fasce di reati, il cui *discrimen* risiedeva nella riconducibilità o meno alla criminalità organizzata o eversiva: l'accesso alle misure alternative per i delitti c.d. di prima fascia veniva subordinato a una prova negativa in merito alla attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata; per i delitti di seconda fascia si prevedeva invece la diretta applicabilità delle stesse misure, a meno che non si provasse la sussistenza di elementi idonei a dimostrare l'attualità dei legami con la criminalità organizzata o eversiva.

sia stato «comprato» da altri detenuti per farsi veicolo di messaggi, di acquisti o consegne, di trame varie; c'è il rischio di contatti che «dentro» non potrebbe avere, di telefonate insidiose, di appuntamenti indebiti, di progetti minacciosi. Ma soprattutto c'è il pericolo che il «permissante» introduca qualche cosa di pericoloso al suo rientro (nonostante la perquisizione), ovvero che... non reintroduca sé medesimo, rendendosi evaso: il che scatenerà la ben nota canea di deplorazioni, interrogazioni, accuse di lassismo e altre prediche varie».

Si trattò in breve dell'introduzione di un regime penitenziario differenziato, che vide inasprirsi nei riguardi dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. la procedura di accesso al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alla semilibertà e alla liberazione condizionale attraverso una posticipazione della possibilità di fruizione di tali misure.

A tale disciplina risultavano tuttavia sottratti i soggetti che avessero deciso di collaborare *ex art. 58-ter* o.p.: per mezzo di tale meccanismo fece il suo ingresso nell'ordinamento penitenziario una dimensione di «prezialità» del tutto sganciata rispetto al percorso rieducativo del detenuto e fondata invece su condotte rilevanti piuttosto in fase di cognizione.

La reiterazione del decreto-legge per la quarta volta in un arco di un tempo molto limitato fu il segno di una «decisa volontà politica da parte governativa di adottare provvedimenti ritenuti urgenti e necessari per fronteggiare il gravissimo, dilagante fenomeno della delinquenza organizzata con interventi finalizzati a rendere più incisivi ed efficaci istituti già operanti ed a creare nuove preclusioni in settori che l'esperienza ha dimostrato essere permeabili a pericolose interferenze⁶⁰».

Nei dibattiti parlamentari intercorsi in sede di conversione del decreto-legge in esame, esso subì l'attacco delle forze dell'opposizione sotto angoli visuali diversi. Talune voci si levarono contro il netto mutamento di rotta rispetto alla legge Gozzini, anche in ragione dei risultati positivi da essa raggiunti in termini di «pacificazione» delle carceri: la nuova prospettiva premiale favorì infatti la creazione di un clima più sereno all'interno delle mura.

Altri fecero invece leva sul principio di legalità e sulla necessità per il legislatore di tenere presenti i principi generali dell'ordinamento, pur facendo attenzione a non confondere il piano del garantismo con quello del lassismo:

«senza l'osservanza del principio di legalità la lotta contro la criminalità assume metodi e presenta deficienze ineliminabili. La tentazione quotidiana a ricercare di volta in volta uno strumento che permetta di far fronte ai singoli problemi che si presentano è un modo non solo per fare a pezzi l'ordinamento giuridico di uno Stato, ma anche per vanificare la speranza, l'incisività e l'effettiva

⁶⁰ Intervento dell'on. ALAGNA (relatore), in *Atti parlamentari, Camera dei deputati - Resoconto stenografico*, 8 luglio 1991, p. 85230.

efficienza di ogni mezzo di ristabilimento della legalità, e quindi di lotta effettiva della legalità con la «l» maiuscola⁶¹».

Si obiettò pure che la dichiarazione in ordine alla pericolosità di un soggetto – quantunque questi fosse già stato condannato – doveva seguire a un previo giudizio basato sulla raccolta di elementi oggettivi, che determinassero nel giudice la certezza della pericolosità nel caso concreto. Il meccanismo introdotto dal decreto si fondava, al contrario, su una presunzione di pericolosità derivante dal supposto mantenimento dei collegamenti con la criminalità organizzata, salvo che il condannato non dimostrasse il contrario o che non collaborasse con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter o.p. Per questa via si invocò la contrarietà del meccanismo alla Costituzione e alle convenzioni internazionali⁶².

Se ci si pone in prospettiva storica, assumono un valore peculiare le parole pronunciate in aula dal sottosegretario di Stato per la giustizia Giovanni Silvestro Coco:

«ferma restando dunque la convinzione che a nessuno dobbiamo togliere la speranza del ravvedimento, che quindi concretamente a nessuno dobbiamo negare alcuni benefici ove questo ravvedimento sia effettivo e non dobbiamo escludere alcuna categoria, né di detenuti, né di reati, dalla concessione di tali benefici, bisogna riconoscere certamente che alcune correzioni sono necessarie⁶³».

Si finì infatti per andare in una direzione esattamente opposta l'anno seguente, all'atto della conversione del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, recante "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa", come si tenterà di chiarire nel prosieguo.

⁶¹ Intervento dell'on. MELLINI, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 8 luglio 1991, p. 85240.

⁶² Cfr. L'intervento dell'on. LAZINGER, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 9 luglio 1991, p. 85305.

⁶³ Intervento del sottosegretario di Stato per la giustizia G. S. COCO, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 8 luglio 1991, p. 85247.

2. La nascita dell'attuale regime ostativo

Una vera e propria radicalizzazione del doppio binario penitenziario prese forma con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con la l. 7 agosto 1992, n. 356. Le stragi imputabili alla criminalità mafiosa nelle quali persero la vita i magistrati Giovanni Falcone, Paolo Borsellino e le rispettive scorte destabilizzarono fortemente l'opinione pubblica e imposero al legislatore una pronta reazione a fronte delle istanze di tutela emergenti nell'ambito della lotta contro la criminalità.

Una delle leve che il legislatore decise di utilizzare fu quella dell'art. 4-bis o.p.: da norma volta a ritardare l'accesso alle misure alternative per i condannati che non avessero dimostrato di aver interrotto i rapporti con la criminalità organizzata, essa divenne uno strumento essenzialmente finalizzato a favorire condotte di collaborazione con la giustizia. Per i condannati per i delitti ostativi ricompresi nella prima fascia l'ammissione alle misure rieducative venne infatti subordinata esclusivamente alla collaborazione *ex art. 58-ter o.p.*

Così, a fronte della difficoltà di organizzare una difesa efficace contro gravi forme di delinquenza, l'apparato carcerario si trasformò in «ingranaggio attivo dell'azione investigativa⁶⁴»: chi avesse deciso di collaborare, oltre ad essere destinatario di un peculiare regime protettivo pensato per ridurre i rischi legati a tale scelta, avrebbe avuto la possibilità di accedere alle misure rieducative; chi non si fosse determinato in tal senso, avrebbe al contrario ricevuto un trattamento dai connotati punitivi. Si giunse a configurare una sorta di rigida presunzione *ex lege* per giustificare la nuova politica criminale, in virtù della quale solo una esplicita scelta di collaborazione con la giustizia avrebbe potuto testimoniare la rottura di ogni collegamento con le organizzazioni criminali di provenienza.

2.1 I dibattiti parlamentari intercorsi in sede di conversione del d.l. 8 giugno 1992, n. 306

⁶⁴ F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 117.

L'appassionato dibattito parlamentare che precedette la conversione del decreto-legge diede atto della presenza in Parlamento di diversi orientamenti politici, dalle correnti più apertamente garantiste ai portatori di istanze fortemente giustizialiste.

La relazione generale presentata al Senato nel luglio del 1992 sottolineò la necessità di irrigidire il trattamento penitenziario per gli appartenenti alle cosche mafiose, che avrebbero potuto approfittare delle inefficienze del sistema. Sebbene si chiarisse che il provvedimento – lungi dall'essere una conseguenza dell'emozione causata dalle stragi – rappresentava una risposta alle richieste di specifici organismi (commissione parlamentare antimafia, operatori del settore, ...), e che in questo contesto dovessero essere inserite le disposizioni relative alla collaborazione e ai benefici penitenziari, sembrarono deporre in senso inverso i successivi interventi in aula.

Collaborazione e ravvedimento vennero posti nella suddetta relazione come termini di una discutibile equazione: collaborare significa sempre intraprendere la via della società civile e abbandonare quella della criminalità organizzata. Solo nei confronti di coloro che si fossero determinati in questo senso, le misure premiali avrebbero potuto realizzare il proposito rieducativo⁶⁵.

Ecco quanto si scrisse esplicitamente nella relazione:

«Le particolari norme, dunque, che mirano a stimolare la dissociazione dal crimine e a proteggere adeguatamente quanti collaborano fattivamente con la giustizia, segnalano, secondo la convinta linea perseguita dal Governo, un deciso cambiamento di rotta: collaborazione e benefici, infatti,

⁶⁵ «Nei confronti dei condannati per taluno dei delitti indicati nella prima parte del comma 1, infatti, il lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione possono essere concessi solo nei confronti di coloro che, avendo scelto di collaborare con la giustizia, abbiano dimostrato per questa via di essere usciti da qualsiasi circuito criminale e di aver optato per la linea dell'emenda attraverso l'unica condotta che concretamente la assevera: vale a dire «l'antagonismo» rispetto a quegli stessi ambienti che avevano assecondato il suo ingresso nel mondo del crimine organizzato», in *Atti parlamentari – Senato della Repubblica – Disegni di legge e relazioni*, p. 13. Tali parole trovano riscontro in quelle pronunciate in aula dall'allora ministro di grazia e giustizia MARTELLI: «una forte pressione viene esercitata nei confronti di tutti gli appartenenti ad organizzazioni criminali, escludendoli dalla possibilità di fruire delle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario, salvo che non si decidano a collaborare con la giustizia. Si tratta di disposizioni indispensabili perché bisogna agire per spezzare i vincoli di solidarietà che legano capi e gregari delle cosche, vincoli il cui permanere è stato finora facilitato dalla povertà di incentivi ad un diverso comportamento [...]. Il complesso di queste norme mira dunque ad assicurare un fermo controllo sulla popolazione detenuta più pericolosa ed a stimolare forme di collaborazione anche mediante la nuova previsione dei colloqui investigativi in carcere ed a differenziare nettamente il trattamento secondo che si manifestino o no segni tangibili di resipiscenza e quindi di divorzio dalle organizzazioni mafiose», in *Atti parlamentari – Senato della Repubblica – Resoconto stenografico*, 23 luglio 1992, p. 54.

non si spiegano solo secondo la logica del *do ut des*, anche se la collaborazione è certo importante per conoscere «dall'interno» fatti, persone, programmi e strutture associative. Non è solo il contributo più o meno significativo alle indagini a costituire il fulcro dell'intervento governativo. Ciò che le norme hanno inteso esprimere è che, attraverso la collaborazione, chi si è posto nel circuito della criminalità organizzata può dimostrare *per facta concludentia* di esserne uscito, senza, quindi, che possa annettersi rilievo ad atteggiamenti di ambigua respiscenza individuale che l'esperienza quotidiana ha dimostrato essere troppo labili per poter reggere all'onda d'urto di organizzazioni che di spazi, ai propri sodali, ne hanno sin qui lasciati ben pochi⁶⁶».

Ben lungi dal rappresentare il naturale sviluppo di una linea di fermezza inaugurata con il decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, il fulcro della nuova disciplina divenne lo stimolo alla collaborazione con la giustizia, alla quale si annesse una specifica funzione di emenda.

Dai dibattiti in aula emerse con chiarezza che la discussione si svolgeva sull'onda emotiva seguita alle stragi di Capaci e di via d'Amelio, alle quali si fece riferimento nella parte introduttiva di quasi tutti gli interventi, incluso quello del relatore Pinto:

«Non era estraneo, però, ai contenuti, alle forme e soprattutto ai tempi del decreto-legge, il gravissimo episodio che aveva portato alla morte violenta del giudice Falcone, di sua moglie e degli uomini della scorta, nel senso che l'onda della profonda commozione, che aveva vivamente colpito la coscienza di tutti gli italiani, aveva drammaticamente sottolineato l'esigenza di un intervento normativo di significativo spessore [...]. Domenica 20 luglio un nuovo, orrendo episodio terroristico mafioso si ripeteva a Palermo, seminando distruzione e morte, falciando la vita del giudice Borsellino e di altri cinque servitori dello Stato e destando in Sicilia – ma anche nell'intero paese – allarme, tensione e rabbia, oltre ad una nuova e più preoccupata attenzione da parte dello Stato [...]. Da ciò, signor Presidente e onorevoli colleghi, derivano i tempi ristretti che sono stati imposti alla Commissione giustizia per l'esame del decreto-legge. Da qui è nato l'emendamento presentato dal Governo e da qui è scaturita anche la convocazione per oggi dell'Aula del Senato al fine di esaminare il disegno di legge di conversione⁶⁷».

⁶⁶ *Atti parlamentari – Senato della Repubblica – Disegni di legge e relazioni*, p. 11.

⁶⁷ Dall'intervento del sen. PINTO, in *Atti parlamentari – Senato della Repubblica – Resoconto stenografico*, 23 luglio 1992, pp. 5-7.

Nonostante si fosse da più parti invocata l'inadeguatezza dello strumento del decreto-legge per far fronte a un problema strutturale come la criminalità organizzata di stampo mafioso, nei confronti della quale sarebbe stato necessario adottare delle misure di carattere strutturale, si giunse comunque in Senato all'approvazione del decreto con 163 voti favorevoli su un totale di 269 votanti.

Il dibattito sulla conversione del decreto-legge si fece più articolato alla Camera, già a partire dall'analisi della sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 Cost. Se nelle parole del relatore Binetti si lesse la preoccupazione legata all'*escalation* della violenza della criminalità mafiosa, testimoniata dai recenti attentati, e la conseguente necessità di conferire maggiori poteri di intervento alla polizia e alla magistratura, le forze dell'opposizione contestarono la sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza, ritenendo che le misure di contrasto alla criminalità organizzata e le eventuali modifiche alla disciplina penale e penitenziaria non dovessero inserirsi in un contesto emergenziale, essendo la mafia un fenomeno strutturale:

«decretazione d'urgenza non significa decretazione d'improvvisazione: invece, il testo presentato al Senato nella sua prima formulazione era frutto d'improvvisazione, era il tentativo di dare una risposta improvvisata ad un problema drammatico, tragico, della società italiana, qual è la crescita dei poteri criminali ed in particolar modo dei poteri mafiosi⁶⁸».

La discussione generale sul provvedimento fu preceduta dall'esame di alcune questioni pregiudiziali di costituzionalità, sollevate da forze politiche che evidenziarono la riduzione della carica garantista che il nuovo codice di procedura penale aveva recentemente apportato.

In relazione al piano più specificamente penitenziario si fece leva sulla lesione dell'art. 27 Cost., derivante dall'automaticità del meccanismo che escludeva alcune

⁶⁸ Dall'intervento dell'on. Taradash, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 20 luglio 1992, p. 2239. Gli fa eco l'on. Borghezio: ««non possiamo riconoscere in questa congerie disordinata e confusa di modificazioni ai codici vigenti e alle normative penitenziarie una qualunque organicità di provvedimento complessivo ed efficace di lotta alla mafia. da tempo richiediamo infatti che, nel rispetto delle norme costituzionali, e non già con l'artificio della decretazione d'urgenza, ma attraverso una procedura ordinaria – perché in questo paese da molti decenni la realtà criminale mafiosa è normalità, non eccezionalità! –, si provveda attraverso l'emanazione di un testo unico antimafia, organico, efficace e chirurgico!», *ibid.*, pp. 2242-2243.

categorie di condannati alla pena detentiva dall'accesso ai benefici penitenziari. L'on. Spena precisò a tal proposito:

«queste norme trovano la nostra opposizione – si badi – di sinceri e coerenti combattenti contro la mafia [...]. Siamo contro questo decreto-legge perché si tratta di misure illiberali per combattere la mafia. E sono anche – si badi bene – un diversivo, uno specchietto per le allodole, perché tentano di deviare nel solco autoritario e giustizialista il sacrosanto allarme sociale, la sacrosanta emozione emersa tra la gente, la partecipazione nuova e la voglia di riprendersi voce e vita soprattutto da parte del popolo di Palermo [...]. I nostri governanti evidentemente pensano che in tal modo il popolo sarà contento e placato. Come sempre forche, farina e festa; e l'esercito – magari piemontese – per controllare il sud. Vi sono momenti, signor Presidente, in cui è difficile esprimersi, in cui si è controcorrente, ma è ancora più necessario avere il coraggio di dire «no» a norme illiberali ed inutili per combattere la mafia, in nome della stessa vitalità democratica del paese. Vi sono momenti in cui è un dovere buttare manciate di sabbia nell'ingranaggio infernale e antigarantista che il potere sta portando avanti tentando di strumentalizzare l'allarme sociale. Noi lottiamo realmente contro la mafia e contro l'intreccio tra i poteri criminali e i poteri politici. Per questo sentiamo il dovere di buttare anche in questo momento e nella presente discussione le nostre manciate di sabbia contro questo decreto illiberale ed inutile⁶⁹».

Pur nella consapevolezza che il decreto si poneva al confine della costituzionalità, la maggioranza dei parlamentari finì comunque per votare contro le questioni pregiudiziali sollevate, facendo leva, per giustificare la propria scelta, sul perdurante stato di necessità.

L'acceso dibattito sulle linee generali del decreto-legge vide levarsi le voci più diverse.

A un estremo, tra i portatori di istanze giustizialiste, taluno ritenne che fosse addirittura necessario dichiarare lo stato di guerra e tornare a far uso della pena di morte⁷⁰. E, in materia di esecuzione penale, si attaccarono frontalmente la legge Gozzini e le frange più garantiste del Parlamento, accusate di essere i *patrocinanti dei camorristi*: «abbiamo letto che alcuni dei boss mafiosi trasferiti a Pianosa si lamentavano perché non

⁶⁹ Dall'intervento dell'on. SPENA, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 30 luglio 1992, pp. 2245-46.

⁷⁰ Cfr., tra gli altri, l'intervento dell'on. GASPARRI, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 31 luglio 1992, p. 2345.

c'era il televisore a colori nelle loro celle. Meno male che non c'era! Non ci dovrebbe essere alcun televisore, alcun collegamento con l'esterno; e lo diciamo anche a quei colleghi ipergarantisti che sono subito insorti e che presentano mozioni [...]. Noi riteniamo si debbano smantellare questi benefici, fatta eccezione per alcuni detenuti politici. Sono giuste, del resto, le differenziazioni che anche il decreto reca; ma per i responsabili di crimini mafiosi – ripeto – non ci devono essere benefici assurdi, di cui poi si sono avvalsi personaggi che non li meritavano, che hanno avuto facilità di collegamenti esterni [...]. Quindi noi, che abbiamo sempre contestato queste leggi sballate, registriamo positivamente una tale inversione di tendenza, che certamente avrebbe dovuto esserci prima⁷¹».

Le forze dell'opposizione si collocarono invece agli antipodi, pur facendo leva su argomenti diversi. Taluni parlarono di una sconfitta dello Stato, derivante dalla sua decisione di muoversi in direzione contraria rispetto al garantismo caratterizzante il codice di procedura penale entrato in vigore qualche anno prima: se lo Stato avesse rinunciato ai propri principi in nome della lotta contro la criminalità organizzata, esso avrebbe finito per adottare quegli stessi metodi che si proponeva di combattere.

Altre componenti del Parlamento condannarono l'utilizzo della legislazione d'emergenza, già dimostratasi fallimentare in materia di lotta contro la criminalità organizzata. La corsia parlamentare preferenziale che il decreto si era guadagnato al prezzo delle due stragi, e non per meriti e forza propri, ripropose una metodologia di intervento fondata su una risposta repressiva che non poteva essere adeguata: le leve da utilizzare sarebbero piuttosto state riforma della politica, trasparenza amministrativa, sensibilizzazione civile⁷².

I "garantisti" più convinti attaccarono il provvedimento su innumerevoli fronti, mettendo anzitutto in debito rilievo la spinosità della questione penitenziaria: la dignità umana usciva inevitabilmente lesa dall'affievolimento delle garanzie per la persona in stato di detenzione. Pungenti a questo proposito le parole dell'on. Vito: «com'è possibile pensare che per combattere la criminalità organizzata, per offrire al paese l'immagine di

⁷¹ Dall'intervento dell'on. GASPARRI, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 31 luglio 1992, p. 2347.

⁷² Cfr. l'intervento dell'on. COLAIANNI, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 31 luglio 1992, p. 2363.

uno Stato che lotta contro la criminalità, basta tenere in carcere i condannati? [...] Ecco l'immagine dello Stato-spettacolo, di quello Stato efficientista per il quale dovremmo rinunciare alle norme di garanzie poste a presidio della nostra Costituzione e finalizzate alla tutela dei rapporti fra gli individui⁷³».

Ancora in materia di esecuzione penale, emerse durante la discussione in aula l'incompatibilità dell'automatismo introdotto con la dimensione che la Costituzione assegna alla pena. Pur riconoscendo che i permessi premio e le liberazioni anticipate non dovessero essere concesse indiscriminatamente, si affermò che la valutazione in ordine alla sussistenza dei loro presupposti avrebbe dovuto vertere sulla condotta carceraria del detenuto nella prospettiva del suo reinserimento sociale. La distanza intercorrente tra i concetti di rieducazione e collaborazione risultava già ben chiara ad alcune frange del Parlamento e venne sapientemente messa in luce.

«Quando, invece, al suddetto criterio si sostituisce quello della collaborazione, a mio avviso si commette un errore di prospettiva, anche se per una finalità operativa valida [...]. Il cosiddetto pentito dissociato che collabora viene rieducato o no? Il pentito che assicura la collaborazione è emendato o no? Si enuclea un concetto che annulla completamente quello che, a mio avviso, sul piano democratico e cristiano deve valere ai fini della valutazione⁷⁴».

Anche chi non volle schierarsi coi "garantisti", ritenendo giustificabile il pugno duro dello Stato a fronte dei gravi fatti occorsi, non convenne tuttavia sull'utilizzo della logica militaresca - si propose di mandare un esercito in Sicilia per far fronte al fenomeno mafioso - ed emergenziale a fronte di un potere endemico nello Stato. Né ritenne di poter condividere, nella dimensione penitenziaria, la strumentalizzazione dei pentiti: esercitare un'azione di ricatto nei loro confronti apparve infatti contrario ai principi di uno stato democratico⁷⁵.

La votazione finale rese infine conto delle diverse posizioni.

⁷³ Dall'intervento dell'on. VITO, in *Atti parlamentari - Camera dei deputati - Resoconto stenografico*, 31 luglio 1992, p. 2336.

⁷⁴ Dall'intervento dell'on. MARTUCCI, in *Atti parlamentari - Camera dei deputati - Resoconto stenografico*, 31 luglio 1992, p. 2380.

⁷⁵ Cfr. l'intervento dell'on. GALASSO, in *Atti parlamentari - Camera dei deputati - Resoconto stenografico*, 31 luglio 1992, p. 2389.

L'on. Tremaglia (MSI, destra nazionale) adoperò addirittura un lessico confacente ai teorici del diritto penale del nemico per giustificare il voto favorevole del suo gruppo: «nessuno, dunque, parli più di mostruosità giuridiche in questo momento, in cui bisogna, anche con la forza e con l'alta tecnologia, scoprire i retroscena e sconfiggere il nemico. Può darsi che taluni provvedimenti possano intaccare il sistema del garantismo, che ormai proteggeva i delinquenti: dobbiamo ora raggiungere la garanzia vera, quella a favore dei cittadini perbene. La mostruosità consiste nel comportarsi così come è avvenuto fino ad oggi, lasciando le mani libere ai criminali o addirittura dando loro una mano alleata⁷⁶».

Liberali⁷⁷, socialisti, repubblicani e democristiani votarono a favore del decreto, pur giustificando tale scelta in virtù di motivazioni diverse: lo stato di necessità derivante dalla crisi dell'ordine pubblico e dall'attacco mafioso, unito al senso dello Stato; la fiducia nella capacità di attuazione del provvedimento da parte dell'esecutivo; la necessità dello strumento a fini di difesa della società e di reazione alla delinquenza mafiosa.

Le forze dell'opposizione si schierarono invece contro la conversione del decreto, in ragione della sua inadeguatezza nell'ambito della lotta alla mafia, dell'affievolimento delle garanzie processuali e penitenziarie, della mancata considerazione di questioni cruciali come il rapporto mafia-politica⁷⁸: queste, concisamente, le ragioni che indussero

⁷⁶ Dall'intervento dell'on. TREMAGLIA, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 4 agosto 1992, p. 2528.

⁷⁷ L'on. SGARBI espresse invece dissenso rispetto alla scelta del gruppo di cui era parte: «è comprensibile che lo Stato, dopo attacchi gravi come l'attentato ai giudici Falcone e Borsellino, adotti misure tese a difendersi. È assolutamente inaccettabile, tuttavia, che tali misure riguardino detenuti già in carcere, che stravolgano principi costituzionali affermati [...]. Le norme ordinarie per combattere la criminalità in Italia bastano ed avanzano, mentre sono fumo negli occhi per l'opinione pubblica, nonché del tutto inutili ed inefficaci, i consueti decreti e l'adozione di leggi speciali e incostituzionali che si susseguono ad ogni attentato contro magistrati o uomini dell'apparato statale, sull'onda emotiva che simili atti determinano [...]. Nella norma in questione, natura di sintomo di emenda è attribuita esclusivamente alla collaborazione con la giustizia; quindi anche nei casi di pena in espiazione, la fruizione dei benefici penitenziari è subordinata a questa disponibilità. Risulta allora evidente che se tutte le pene devono tendere alla rieducazione dei condannati, non si può pretendere di applicare ad alcune categorie di essi una concezione di emenda che con la rieducazione non ha niente a che fare», in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 4 agosto 1992, p. 2541. Notevoli le parole conclusive del suo intervento: «Dobbiamo combattere perché l'umanità migliori e la civiltà del diritto, anche per i colpevoli, trionfi», *ibidem*.

⁷⁸ «Voteremo contro il decreto-legge perché riteniamo che i problemi che abbiamo davanti siano eccezionali, ma di un'eccezionalità provocata da leggi sbagliate e da comportamenti errati delle forze politiche. I cittadini, aggrediti dai poteri mafiosi, sempre crescenti, avrebbero bisogno della realizzazione di una politica del diritto e del processo penale non soggetta a schizofrenia o a estemporaneità. Invece con il decreto-legge si risponde a forza di leggi eccezionali, cercando di affrontare il problema della crescita delle organizzazioni mafiose, dei loro poteri, della loro infiltrazione nell'economia, nella politica e nelle

al voto contrario o all'astensione le forze comuniste, i verdi, gli appartenenti al gruppo federalista europeo e al movimento per la democrazia la Rete, il PDS.

Il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 venne così convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356 con 343 voti favorevoli su un totale di 485 votanti⁷⁹, dando origine all'attuale regime ostativo. La *ratio* politico-legislativa dell'art. 4-bis ne risultò profondamente mutata rispetto alla formulazione originaria, sostanziandosi in un incentivo verso i comportamenti di collaborazione con la giustizia. La strategia del legislatore risultò piuttosto chiara: divaricare progressivamente la forbice del «doppio regime» penitenziario a seconda che gli autori dei c.d. delitti ostativi di prima fascia decidessero di collaborare o meno con la giustizia.

Infatti «il legislatore mostra di volersi servire del sistema penitenziario non solo come strumento di neutralizzazione – precludendo loro l'accesso alle misure rieducative, allorché non risulti certo il venir meno della pericolosità sociale, misurata sul metro dei collegamenti con le organizzazioni criminali – bensì anche come strumento di orientamento di tali condannati verso scelte di collaborazione con la giustizia»⁸⁰, finendo per pervenire a una «radicalizzazione della logica del «doppio binario», secondo una prospettiva alquanto diversa da quella che, all'origine, ne aveva ispirato l'adozione»⁸¹.

L'attribuzione al sistema penitenziario di tali obiettivi – assolutamente distanti rispetto ai fini verso i quali l'esecuzione delle pene dovrebbe costituzionalmente tendere – è stato uno degli oboli che si è stati costretti a pagare nella strategia di lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso⁸², nonostante il problema della compatibilità

istituzioni, con leggi che si aggiungono a leggi che nel passato hanno avuto bisogno di altre leggi per poter strutturare un intervento, senza mai approntare quello minimo necessario», dall'intervento dell'on. TARADASH (gruppo federalista europeo), in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 4 agosto 1992, p. 2538.

⁷⁹ I voti contrari furono 51 e 91 invece gli astenuti.

⁸⁰ V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 14.

⁸¹ *Ibid.*, p. 15.

⁸² Scriveva V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 15: «un prezzo piuttosto elevato, dal punto di vista della coerenza del sistema, anche se probabilmente necessario in un determinato momento storico caratterizzato dall'offensiva della peggiore criminalità e, quindi, dall'esigenza di evitare con ogni legittimo mezzo l'aprirsi di smagliature nel rigore del trattamento da applicarsi ai detenuti esponenti delle relative organizzazioni, in costanza dei vincoli associativi. Ma pure, ci si augura, un prezzo non necessariamente destinato ad essere pagato ancora a lungo nel tempo: perché l'esigenza, fondata ed indiscutibile, di un regime penitenziario differenziato (anche secondo modalità assai rigide) nei riguardi dei più pericolosi condannati per delitti di criminalità organizzata, può probabilmente essere soddisfatta ricorrendo a meccanismi meno radicali di quelli imperniati su preclusioni di natura

della nuova disciplina con la previsione contenuta nell'art. 27, c. 3, Cost. fosse emerso già in sede di discussione nelle aule del Parlamento.

Non occorre indossare le lenti del giurista per constatare l'ontologica eterogeneità delle due categorie della collaborazione e della rieducazione: la loro vicendevole implicazione è ben lungi dall'essere un dato cartesiano, considerato che, se la prima opera su un piano fenomenico, la seconda si colloca all'interno di una complessa e delicata dimensione interiore⁸³. D'altronde,

«il privilegio offerto ai collaboratori pone in evidenza la svalutazione della funzione rieducativa della pena: l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, che garantiscono il recupero di quote di libertà in corrispondenza dei progressi compiuti, non viene rapportata all'osservazione, al trattamento, alla partecipazione all'opera di rieducazione, ma ad un diverso indice presuntivo di cessata pericolosità, agganciato a parametri probatori estranei ai normali canoni processuali e finalizzato a risultati diversi, sostanzialmente svincolati dalla rieducazione del condannato⁸⁴».

Sul paradigma della collaborazione, e in particolare sulle coordinate storico-giuridiche che stanno a fondamento della sua introduzione nell'orbita del sistema penitenziario, pare dunque necessario soffermarsi prima di procedere nelle riflessioni inerenti il regime ostativo.

3. L'istituto della collaborazione: alcune coordinate storico-giuridiche

Se negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso fu l'emergenza terroristica a scuotere fortemente le fondamenta dell'ordinamento costituzionale italiano, a partire dalla seconda metà degli anni '80 e fino ai primi anni del 1990 un nuovo fenomeno si impose all'attenzione delle istituzioni: la criminalità organizzata di stampo mafioso. Quantunque infatti il fenomeno mafioso sia da sempre e tuttora latente, in quegli anni

aprioristica, ed in ogni caso più coerenti con i principi generali cui si informa l'ordinamento penitenziario». Duole constatare come ancora oggi il dibattito sull'art. 4-bis sia tutt'altro che risolto e continuamente sotto la lente di corti nazionali e sovranazionali.

⁸³ Cfr. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 124.

⁸⁴ C. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, in *Arch. pen.*, 1/2018, p. 14.

una serie di attentati spinsero lo Stato a occuparsene in modo più serio e sistematico, come si è già tentato di mettere in luce.

Tale premessa si rende necessaria per affrontare compiutamente il tema della collaborazione con la giustizia. Nel passaggio da un'emergenza all'altra si tentò infatti di mutuare lo strumento della dissociazione – che si era rivelato vincente nell'ambito della lotta al terrorismo – e di adattarlo alla strategia di contrasto ai fenomeni mafiosi: vide così l'alba lo strumento della collaborazione con la giustizia. Ma «vi è qualcosa che non torna nel momento in cui ad una persona si attribuisce un premio [...] se esaudisce una richiesta che la storia dimostra in prevalenza non esaudibile. E questo proprio perché il terrorista non è il mafioso e, per uscire da un'organizzazione terroristica, si può presumere essere adatta la dissociazione, mentre dalla mafia si può uscire in diversi altri modi, non solo se collabori con la giustizia»⁸⁵.

V'è peraltro un punto in questa evoluzione che merita particolare attenzione: il mutamento del ruolo assunto dallo strumento processuale della collaborazione nel passaggio dal regime ostativo configurato dal decreto legge e dalla successiva legge di conversione del 1991 a quelli dell'anno successivo⁸⁶.

L'operatività dello strumento della collaborazione con la giustizia in ambito penitenziario assunse con il decreto legge del 1991 dei connotati che lo rendevano compatibile con il perimetro tracciato dalla Costituzione in tema di esecuzione della pena carceraria, nonostante l'introduzione di una prova diabolica (la prova negativa in ordine alla sussistenza di legami attuali con la criminalità organizzata): la decisione di collaborare avrebbe avuto la funzione di regolare l'accesso alle misure alternative in termini meramente temporali. Qualora un soggetto avesse deciso di collaborare, avrebbe potuto accedere anticipatamente alle misure alternative; se invece avesse deciso di non collaborare avrebbe dovuto attendere più a lungo per avere la possibilità di richiedere l'accesso alle stesse misure.

Va oltretutto sottolineato che nel frangente storico di cui si tratta era proprio Giovanni Falcone, magistrato simbolo della lotta alla criminalità organizzata di stampo

⁸⁵ D. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *RIDPP*, 3/2018, p. 1165.

⁸⁶ Cfr. sul punto diffusamente D. GALLIANI, *Ponti, non muri*, cit., pp. 1160-1168.

mafioso e perfetto conoscitore, oltre che del complesso fenomeno mafioso, dei confini imposti dalla Carta costituzionale al trattamento penitenziario, a rivestire la carica di Direttore Generale degli affari penali presso il Ministero della Giustizia.

La radice del problema della legittimità costituzionale della collaborazione come strumento di accesso alle misure alternative si annida nel decreto legge immediatamente successivo – adottato nel 1992 e subito dopo convertito in legge –, che introdusse un automatismo normativo in virtù del quale la mancata collaborazione avrebbe impedito in ogni caso la possibilità di far ricorso alle misure alternative, togliendo al giudice ogni discrezionalità in materia. Il contrasto con l'art. 27, c. 3, Cost. diventò a questo punto netto.

Pur non disponendo di documenti che attestino che questa seconda versione del regime ostativo avesse trovato l'assenso del giudice Falcone, possono forse assumere qualche rilievo le parole pronunciate da Carlo Palermo in Parlamento all'atto della votazione finale del decreto legge del 1992:

«Quando ho letto il testo del decreto legge n. 306, erano passati pochi giorni dall'omicidio di Giovanni Falcone. Lo ricordo perché subito mi vennero alla memoria le ultime parole che avevo scambiato con lui. Così mi disse Falcone: «Io, al ministero, studio soluzioni tecnico-giuridiche. Le scelte politiche vengono fatte dal Governo». Volevo rammentare queste parole perché il tempo brevissimo che è trascorso tra l'uccisione di Giovanni Falcone e il momento in cui è stato presentato il decreto-legge mi ha fatto immediatamente sorgere un pensiero, e cioè che il provvedimento non era stato preparato successivamente alla morte di Giovanni Falcone. Si tratta di qualcosa che evidentemente era già allo studio negli uffici del Ministero di grazie e giustizia. Vorrei sottolinearlo perché secondo me è qui la chiave che mi consente, che ci consente, di esprimere una valutazione non negativa sul decreto-legge in esame⁸⁷».

⁸⁷ Dall'intervento dell'on. PALERMO, in *Atti parlamentari – Camera dei deputati – Resoconto stenografico*, 4 agosto 1992, p. 2543. Occorre tuttavia fare attenzione a non strumentalizzare indebitamente il pensiero di questo magistrato. Ci mette in guardia da questo rischio Giuseppe D'Avanzo nella presentazione del libro G. FALCONE, *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Milano, 2010: «Ora che non bisogna più fare i conti con quel giudice, con la sua passione civile, il talento investigativo, l'estro, la tenacia, la forza delle sue idee, ora che ci si è liberati, con la sua presenza fisica, della sua testimonianza e del suo esempio si può prendere possesso della sua memoria. O meglio ci si può impadronire – della sua storia, delle sue parole, delle sue decisioni – di qualche brano, di qualche passo, di quella scelta e non di quell'altra, di quel che è utile oggi e ora nella mischia quotidiana e agitarlo come una mazza ferrata contro gli antagonisti del momento», pp. 11-12.

Il momento storico era d'altra parte particolarmente desolante: nell'arco di due mesi vennero barbaramente assassinati due coraggiosi magistrati che fecero della lotta alla mafia la loro missione quotidiana. Lo Stato sentiva il dovere di dare dei forti segnali di contrasto alla criminalità organizzata.

Non sono dunque difficili da immaginare le ragioni per le quali il legislatore del 1992 si determinò a introdurre un trattamento deteriore per i soggetti appartenenti alle fila della criminalità organizzata che avessero deciso di non collaborare con la giustizia: all'intento di esercitare una pressione psicologica sul detenuto per persuaderlo a collaborare si affiancò l'obiettivo più latente di tranquillizzare l'opinione pubblica in merito alla risposta punitiva dello Stato nei confronti di allarmanti fenomeni di criminalità, come i dibattiti parlamentari sopra riportati mettono in evidenza. Si volle forzare il sistema premiale, negando alla magistratura di sorveglianza il potere di effettuare il controllo sul percorso di risocializzazione del detenuto, al fine di utilizzare la collaborazione come strumento di lotta alla criminalità organizzata⁸⁸.

La strumentalizzazione della pena a questi fini appare tuttavia difficilmente conciliabile con la prospettiva costituzionale della rieducazione⁸⁹. La trasformazione in tale direzione dell'art. 4-bis è certamente coerente con la politica criminale del periodo storico in questione, incentrata sul c.d. pentitismo e sulla massima riduzione della possibilità, per gli appartenenti alla criminalità organizzata, di avere contatti con l'ambiente sociale di provenienza; ciononostante è patente il contrasto con la logica di risocializzazione che dovrebbe fungere da centro di gravità permanente del nostro sistema penitenziario.

In definitiva si rischia di scalfire quel fondamentale portato giuridico della civiltà europea che è la dignità umana. La questione è che

«non si può usare l'essere umano come strumento per perseguire anche il fine meritevole di maggiore tutela al mondo. Così come non si può abbattere un aereo di civili dirottato da un terrorista, sostenendo che la morte di quelle persone serve per salvare la vita di tante altre, così,

⁸⁸ Sull'importanza della collaborazione ai fini investigativi si veda G.C. CASELLI-A. INGROIA, *L'eredità scomoda. Da Falcone ad Andreotti sette anni a Palermo*, (a cura di) M. DE LUCA, Milano, 2001, p. 129-130.

⁸⁹ Cfr. L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO-S. TALLINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, pp. 393-430.

allo stesso modo, non si può barattare la libertà di una persona con la sua collaborazione con la giustizia. E ribadisco: non significa mettere in discussione in sé la collaborazione con la giustizia, ma sostenere che l'uomo si riduce a strumento invece di essere il fine nel momento in cui si mette in campo, a fronte di una pena perpetua, l'equiparazione assoluta tra mancata utile collaborazione e pericolosità sociale⁹⁰».

4. I collaboratori di giustizia: precisazioni terminologiche

La disciplina relativa alla collaborazione con la giustizia nell'attuale ordinamento giuridico italiano si caratterizza in modo del tutto peculiare, se si considera che a una normativa di stampo processualistico fa eco una regolamentazione penitenziaria del regime premiale della collaborazione, che trova la sua naturale esplicazione in sede di esecuzione della pena.

Di tali aspetti si tenterà adesso di dar conto, a partire da alcune imprescindibili notazioni terminologiche preliminari. Secondo la autorevole definizione fornita dal magistrato Borsellino,

«l'assioma secondo il quale il mafioso che collabora è privo a priori di qualsiasi credibilità perché un mafioso non può «pentirsi» va rigettato decisamente, poiché il c.d. «pentimento» va spogliato da qualsiasi connotazione morale e ideologica e ricondotto in termini strettamente e rigidamente processuali e definito soltanto come il comportamento del criminale (o imputato d'esser tale) il quale rende, in varie vesti, [...] dichiarazioni utili all'accertamento della verità in procedimenti concernenti la criminalità organizzata, mosso da motivazioni diverse, che dovranno essere prese in esame volta per volta, al fine di valutarne la credibilità, senza alcun preconcetto atteggiamento di ripulsa o rigetto, soprattutto se dettato da considerazioni che nulla hanno a che fare col diritto⁹¹».

L'utilizzo invalso nella prassi del termine "pentiti" per indicare i collaboratori di giustizia si rivela dunque quanto meno improprio. Se, infatti, il pentimento è una categoria attinente alla sfera etica o, al più, religiosa, esso dovrebbe invece restare

⁹⁰ D. GALLIANI, *Ponti, non muri*, cit., p. 1166.

⁹¹ P. BORSELLINO, *Oltre il muro dell'omertà. Scritti su verità, giustizia e impegno civile*, Milano, 2011, pp. 31-32.

estraneo alla realtà di uno Stato laico⁹². La scelta collaborativa non può essere assunta come indice di pentimento: se infatti la prima inerisce a una dimensione processuale, il secondo deriva da un percorso interiore di revisione critica del proprio passato, che induce a farsi carico delle responsabilità derivanti da una scelta deviante del passato⁹³. Non collaborare non significa automaticamente rifiutare le regole che la società civile si è posta: tale decisione può al contrario assumere il significato di evitare scorciatoie volte ad avere benefici per privilegiare un percorso di autentica resipiscenza⁹⁴.

«Non si tratta di pentimento, come possiamo intenderlo nella sua parola, perché “collaboratore di giustizia” è chi porta notizie delle colpe di altri, di quanto altri stanno tramando o abbiano tramato. È difficile sentire la parola “pentimento” portata all’uso dello scambio di prigione. Che sia l’uno o l’altro il termine, farsi pentito o collaboratore di giustizia in questo modo si espone la Giustizia, sul piano sociale almeno, a un paradosso, che è di fatto una contraddizione che ne mina la funzione. Nello scambio di libertà, conseguente al pentitismo, può accadere di dar corso ad ingiustizie intollerabili sul piano sociale. La Giustizia in questi casi non si può confondere e appiattare sul dettato giuridico del Diritto. Non c’è giustizia senza restituzione sociale, senza un reinserimento nella comunità che porti ad una riconciliazione e una restituzione. Con pentitismo di giustizia si resta, purtroppo, su uno scambio di guerra. La resipiscenza autentica, il dolore autentico, non si barattano. Reclamano un cambiamento di senso della propria vita⁹⁵».

D'altronde, sono varie le ragioni che possono indurre una persona a non collaborare: la paura di mettere a rischio la propria famiglia, vista l'efferatezza dell'agire delle organizzazioni criminali di stampo mafioso; l'inevitabile influenza di un fattore culturale che fa ritenere inaccettabile - in un ambiente di diffidenza nei confronti delle

⁹² «La dimensione giuridica non discende nelle profondità delle coscienze», scrive M. GOZZINI, *Carcere perché, carcere come*, cit., p. 56.

⁹³ Per un'altra prospettiva cfr. S. D'AMICO, *Il collaboratore della giustizia*, Roma, 1995, p. 17. Qui la distinzione tra collaboratore di giustizia e pentito assume connotati diversi. L'autrice sostiene che si sogliono generalmente collocare in quest'ultima categoria quei soggetti che, oltre ad ammettere la propria colpa nell'ambito di un procedimento penale a loro carico, chiamano in correità terzi o comunque indicano agli organi inquirenti degli elementi dai quali possono emergere responsabilità di terzi. Nonostante si tratti di una definizione metagiuridica, in quanto non consacrata in nessun testo normativo, essa pare per certi versi più precisa rispetto a quella fornita dal legislatore (art. 58-ter) in relazione alla figura del collaboratore di giustizia, quanto meno nei suoi primi tentativi di regolamentare il fenomeno.

⁹⁴ Cfr. F. DE CAROLIS (a cura di), *Urla a bassa voce. Dal buio del 41-bis e del fine pena mai*, Viterbo, 2012, pp. 40-41.

⁹⁵ F. DE CAROLIS (a cura di), *Urla a bassa voce*, cit., p. 186

istituzioni e di strutture familiare molto compatte – la scelta di parlare di fatti criminosi che vedono coinvolte persone legate da vincoli familiari, ai quali peraltro non si vuole arrecare una sofferenza paragonabile a quella che si sta vivendo per il solo proposito egoistico di avere qualche beneficio; la materiale impossibilità di collaborare in quanto innocenti⁹⁶.

Se dunque la mancata collaborazione non sempre deriva dalla volontà di mantenere dei legami con l'organizzazione criminale di provenienza, altri atteggiamenti potrebbero essere invece assunti come segni di resipiscenza, quali la dissociazione esplicita dal consorzio criminoso, accompagnata da prese pubbliche di posizione, l'adesione a modelli di legalità, l'interesse per le vittime del reato, l'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla condanna.

Se collaborazione con la giustizia e pentitismo *stricto sensu* appartengono a diverse categorie ontologiche e non si presuppongono vicendevolmente, un'ulteriore precisazione va fatta con riferimento ai c.d. dissociati. Essi sono coloro i quali, ex art. 1 della l. 34/1987, hanno assunto il «comportamento di chi, imputato o condannato per reati aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, ha definitivamente abbandonato l'organizzazione o il movimento terroristico o eversivo cui è appartenuto, tenendo congiuntamente le seguenti condotte: ammissione delle attività effettivamente svolte, comportamenti oggettivamente ed univocamente incompatibili con il permanere del vincolo associativo, ripudio della violenza come metodo di lotta politica». Essendo dunque la dissociazione riferibile al solo ambito della criminalità organizzata di stampo terroristico⁹⁷, essa esula dall'oggetto di nostro interesse.

4.1 La disciplina processuale

⁹⁶ Essendo la giustizia un congegno essenzialmente umano, può accadere infatti che verità sostanziale e verità processuale non coincidano.

⁹⁷ Occorre peraltro sottolineare un'ontologica differenza tra c.d. pentitismo e dissociazione: quest'ultima, infatti, si sostanziava nel riconoscimento di aver scelto dei mezzi sbagliati per raggiungere degli obiettivi politici e passava per un'ammissione delle proprie responsabilità e un'accettazione della pena. Non si richiedeva insomma la denuncia di altre persone. Cfr. M. GOZZINI, *Carcere perché, carcere come*, cit., p. 58.

La collaborazione prestata nell'ambito della criminalità organizzata di stampo mafioso ha dovuto attendere a lungo prima di ricevere una compiuta disciplina nelle fonti di diritto positivo.

Fu a partire dall'omicidio del giudice Rosario Livatino - avvenuto ad Agrigento nel settembre del 1990 - e dalle conseguenti proteste per l'inefficienza dello Stato nella risposta alla mafia, provenienti soprattutto dalla magistratura, che cominciarono a germogliare i primi strumenti normativi per la protezione dei collaboratori e dei testimoni nell'ambito dei processi di mafia (e non solo): venne così emanato il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 (poi conv. dalla l. 15 marzo 1991, n. 82) e successivamente, grazie alla spinta determinante del giudice Falcone - allora direttore degli affari penali presso il Ministero di grazia e giustizia -, il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (poi conv. dalla l. 12 luglio 1991 n. 203), recante "Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa"⁹⁸.

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

Una prima fondamentale precisazione va a questo punto effettuata: le parole del legislatore non lasciano in alcun modo emergere la necessità, ai fini dell'assunzione della qualifica di collaboratore di giustizia, di un effettivo "pentimento" rilevante in sede morale. Si potrebbe in tal senso distinguere una sorta di *ravvedimento sostanziale*,

⁹⁸ Il ricorso alla decretazione d'urgenza lascia trasparire una scarsa attenzione per la sistematicità da parte del legislatore nel disciplinare il fenomeno: mosso dalla pressione dell'emergenza, ha infatti attuato un intervento di riforma estremamente frammentario e privo di ogni organicità, come peraltro emerge dalla previsione di un intervento premiale in due momenti distinti del procedimento. Sul punto cfr. G.C. CASELLI-A. INGROIA, *L'eredità scomoda. Da Falcone ad Andreotti sette anni a Palermo*, a cura di M. DE LUCA, Milano, 2001, p. 208.

concretantesi in un comportamento antagonistico rispetto a quello criminoso, sintomo di riadeguamento sociale del reo, da un *ravvedimento processuale*, che coincide con l'assunzione di comportamenti rilevanti sul piano probatorio e ai quali il legislatore collega talune riduzioni di pena⁹⁹.

Diverse sono le forme, determinanti in sede esecutiva un accesso alla disciplina premiale, che il c.d. *ravvedimento processuale* può in astratto assumere: la collaborazione può essere interna *contra se* o *contra alios*, a seconda che le dichiarazioni riguardino solo l'accertamento del reato per il quale si procede nei confronti del dichiarante o anche l'individuazione dei concorrenti nel reato plurisoggettivo; o ancora può trattarsi di una collaborazione esterna *contra alios*, se ha ad oggetto fatti diversi da quelli per i quali si procede, inclusi quelli nei quali il dichiarante non ha nemmeno concorso¹⁰⁰.

La formulazione della norma suscita non poche perplessità, anzitutto in relazione al fatto che la diminuzione di pena viene destinata al solo *imputato*, figura che tecnicamente coincide con il soggetto nei confronti del quale il pubblico ministero ha deciso di esercitare l'azione penale, formulando l'imputazione e chiedendo il rinvio a giudizio. A voler interpretare in senso strettamente letterale la disposizione si dovrebbero escludere dal beneficio una serie di soggetti, quali il testimone, l'imputato in procedimento connesso, il mafioso estraneo a qualsiasi procedimento, il soggetto sottoposto a indagini, che pure potrebbero fornire degli apporti conoscitivi di assoluta rilevanza ai fini probatori.

Si richiede inoltre all'imputato di adoperarsi per impedire le conseguenze ulteriori che potrebbero derivare dallo svolgimento dell'attività delittuosa, senza tuttavia considerare che il soggetto in questione dovrebbe trovarsi, proprio in virtù della sua condizione, in stato di custodia cautelare o comunque dovrebbe ormai essersi dissociato dall'associazione criminosa.

Non si può allora che propendere, se si vuole dare reale pregnanza alla disciplina in esame, per un'interpretazione non strettamente letterale della norma, a partire dalla considerazione che il termine imputato sia in questa sede utilizzato in senso atecnico¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 13 ss.

¹⁰⁰ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 13.

¹⁰¹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pp. 82 ss.

Pare inoltre doversi ritenere che l'attività volta a impedire conseguenze ulteriori dell'attività criminosa sia da considerarsi come una condotta meramente esemplificativa della collaborazione e non come requisito necessariamente sussistente. Per ciò che attiene al piano pratico e probatorio la dissociazione risulta già integrata in virtù della stessa collaborazione processuale, che determina di per sé la condanna a morte da parte dell'associazione criminale alla quale si è appartenuti: sarà dunque sufficiente accertare che si tratti di una collaborazione leale e non pilotata dalla stessa associazione mafiosa. Occorre infine sottolineare che l'elemento fondamentale risiede nell'offrire un contributo decisivo ai fini della ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o cattura dei colpevoli, indipendentemente dalla sua valorizzazione da parte dell'autorità di polizia o giudiziaria¹⁰².

4.2 Il piano penitenziario

La legislazione penitenziaria relativa al regime premiale per i collaboratori di giustizia poggia, alle sue origini, essenzialmente su due perni: l'art. 58-ter o.p., così come modificato sul punto dal d.l. 152/1991, e il d.l. 8/1991, poi convertito nella l. 82/1991.

Riprendendo le linee già tracciate nell'ambito del diritto penale sostanziale, l'art. 58-ter dell'ordinamento penitenziario identifica i collaboratori di giustizia con coloro che «si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati». Da tale definizione non emergono certamente i connotati precisi che la condotta collaborativa deve possedere, assumendo esclusivamente rilevanza l'importanza del contributo offerto dal collaboratore al fine di ricostruire il fatto o di identificare i colpevoli.

Va peraltro notato che l'art. 58-ter non fa cenno alcuno alla dissociazione e attribuisce una valenza autonoma al ravvedimento processuale, in virtù della

¹⁰² *Ibidem*.

considerazione che il soggetto materialmente ristretto nella sua libertà non può adoperarsi per impedire le conseguenze ulteriori dell'attività criminosa.

Tali divergenze tra il piano processuale e il piano penitenziario sono agevolmente giustificabili, alla luce della considerazione che «le disposizioni premiali mirano alla tutela di beni giuridici, mentre i benefici penitenziari dovrebbero conseguire all'apprezzamento di progressi risocializzativi del detenuto, ovvero dovrebbero stimolare tali progressi, in un'ottica essenzialmente specialpreventiva»¹⁰³.

La disciplina ruotante attorno al perno costituito dall'art. 58-ter si caratterizza per una premialità c.d. "in negativo", che emerge chiaramente dal *drafting* normativo: «i limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell'art. 21, del comma 4 dell'art. 30 -ter e del comma 2 dell'art. 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4 -bis, non si applicano a coloro che [...]». Secondo la norma in questione, i condannati per alcuni delitti di particolare gravità non possono accedere a determinati benefici penitenziari a meno che non collaborino, a differenza del resto dei detenuti. L'assunzione della qualifica di collaboratore determinerebbe insomma l'esclusione dell'applicazione dei parametri normativi di penalizzazione nell'accesso ai benefici penitenziari¹⁰⁴.

Il secondo perno della disciplina, previsto dal d.l. 8/1991 (conv. in legge 82/1991), si caratterizza invece per una premialità "in positivo", essendo incentrato sulle misure alternative alla detenzione e sulle misure di protezione spettanti al collaboratore e ai suoi congiunti, al fine di incentivare il ricorso allo strumento della collaborazione.

Sul quadro normativo appena descritto il legislatore interviene con la l. 13 febbraio 2001, n. 45, nel tentativo di disciplinare organicamente la materia dei collaboratori di giustizia, lasciando essenzialmente inalterato l'art. 58-ter dell'ordinamento penitenziario, ma modificando in maniera decisiva la compagine delle misure premiali prevista per i soggetti che collaborano con la giustizia.

Una prima importante novità attiene alla scissione della dimensione della premialità, oggi collegata all'importanza dell'apporto collaborativo del dichiarante,

¹⁰³ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 353.

¹⁰⁴ Cfr. F. FIORENTIN, *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia: alcune annotazioni alla luce della prima applicazione della legge n.45/01*, in *Diritto&Diritti*, 2003, p. 4.

dall'aspetto tutorio, dipendente invece dal concreto rischio al quale il soggetto si espone in conseguenza della sua scelta di collaborare. A questo secondo fine si prevedono infatti strumenti diversificati, che vanno dalle misure speciali di sicurezza alla predisposizione di un apposito programma di protezione. Da questo punto di vista può certamente affermarsi che «ora il sistema appare in certo modo più razionale, atteso che la decisione sui benefici penitenziari in rapporto alle esigenze retributive e rieducative del caso concreto è sottratta alla pesante ipoteca della sussistenza, o no, dello speciale programma di protezione. Esso viene reindirizzato, da elemento di valutazione per l'accesso ai benefici penitenziari da parte del collaboratore, alle finalità di tutela sue proprie, ed attivato soltanto in rispondenza a quelle esigenze di protezione che nel caso concreto sono ritenute sussistere¹⁰⁵».

Ulteriori aspetti di novità emergono sotto innumerevoli altri profili.

Si provvede anzitutto a una più puntuale definizione degli elementi caratterizzanti le dichiarazioni rese dal collaboratore, nel tentativo di perimetrare con maggiore precisione le collaborazioni qualitativamente rilevanti ai fini dell'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari: tali dichiarazioni devono essere importanti, tempestive, genuine e attinenti ai fatti di reato indicati dal legislatore.

Accanto alla previsione di soglie minime di pena da scontare prima di potersi accostare al complesso degli strumenti in questione, si concede al condannato la possibilità di un accesso accelerato agli stessi in presenza di una tempestiva redazione del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione.

Il legislatore interviene infine a contrarre le tipologie di benefici concedibili, introducendo per di più un esplicito riferimento alla necessità di un ravvedimento per i delitti commessi e di una totale recisione dei rapporti con le organizzazioni criminali. Sotto questo profilo evidente appare, oltre che una patente compenetrazione tra i piani del ravvedimento sostanziale e processuale, una netta inversione di rotta rispetto al passato: nel bilanciare i valori dell'effettività della pena e dell'incentivo alle collaborazioni di giustizia, il legislatore ha evidentemente inteso privilegiare il primo aspetto, non tanto in virtù di un mutato sentire sociale – ché l'opinione pubblica è sempre

¹⁰⁵ Cfr. F. FIORENTIN, *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, cit., p. 7.

stata piuttosto restia ad accettare una disciplina premiale in favore di soggetti che si fossero macchiati di gravi delitti¹⁰⁶ –, quanto in base a quel dilagante e preoccupante populismo penale che oggi pare connotare buona parte delle riforme che si succedono nell'ambito penalistico in generale.

Inquadrato brevemente il fenomeno nella sua dimensione giuridica, si intende ora mettere in risalto il rilievo assunto dalla collaborazione processuale e dalle dichiarazioni rese dai c.d. "pentiti" ai fini della ricostruzione dall'esterno del fenomeno della criminalità organizzata di stampo mafioso. A questo proposito si è deciso di lasciar spazio nel paragrafo che segue alle parole e alle riflessioni di taluni giudici che, impegnati in prima linea nella lotta contro il fenomeno mafioso in anni ormai non recentissimi, lasciano trasparire l'importanza dello strumento della collaborazione in questo speciale ambito, oltre che l'assoluta necessità di approntare una disciplina organica e chiara del fenomeno.

5. La parola ai giudici

«Se si paragona il gruppo mafioso, soprattutto se basato – come Cosa Nostra – su vincoli associativi segreti, a una roccia, le indagini tradizionali, senza pentiti, sono come un semplice scalpello che tenta di scheggiare la pietra per riuscire a penetrarci dentro. Succede che talvolta la roccia resista e che lo scalpello si rompa; oppure che ne intacchi solo la superficie esterna. Invece, le indagini tradizionali collegate con le ricostruzioni fornite da un collaboratore di giustizia riescono a trasformare lo scalpello in una sorta di carica esplosiva, una carica posta all'interno della roccia, che la spacca mettendone a nudo la parte più segreta¹⁰⁷».

¹⁰⁶ Si pensi, ad esempio, al caso di Balduccio Di Maggio, la cui storia rappresenta un momento particolarmente difficile nella vicenda dei mafiosi collaboratori di giustizia. Esso «è stato il punto di partenza di una fortissima e indiscriminata offensiva contro i collaboratori di giustizia per smantellare la loro attendibilità, contro l'uso delle loro deposizioni per individuare nei processi le singole responsabilità. Sono stati anni di polemiche e di fango, di nuove urla, di ferite e di odii senza che si accelerassero le opportune riforme di legge, con l'unico e pessimo risultato di ridurre quasi a consunzione la figura del pentito; una figura certo eticamente devastata, ma decisiva come finora nessun'altra per la lotta contro Cosa nostra, non solo nel nostro paese. Anche questo è un bilancio amaro degli anni dell'illusione», G.C. CASELLI-A. INGROIA, *L'eredità scomoda.*, cit., p. 121.

¹⁰⁷ G.C. CASELLI-A. INGROIA, *L'eredità scomoda.*, cit., pp. 129-130.

L'importanza determinante dei c.d. "pentiti" nello svelare i meccanismi più reconditi che governano il sistema criminale di Cosa Nostra riceve unanime conferma dai magistrati che con tale fenomeno sono stati chiamati a confrontarsi. Alle parole sopra riportate del magistrato Caselli fanno infatti eco le voci sia di Paolo Borsellino, sia di Giovanni Falcone. Con riferimento, ad esempio, alle dichiarazioni fornite dal "pentito" Tommaso Buscetta, il giudice Falcone sottolinea che è stato proprio grazie ad esse che si è riusciti a guardare dentro al fenomeno mafioso e a ricevere delle conferme relative alla struttura, alle tecniche di reclutamento, alle funzioni di Cosa Nostra. «È stato per noi come un professore di lingue che ti permette di andare dai turchi senza parlare con i gesti¹⁰⁸», scrive Falcone nel suo celeberrimo libro *Cose di Cosa Nostra*, nel quale fornisce una descrizione estremamente lucida e precisa dell'organizzazione criminale di stampo mafioso in questione.

Pare lecito a questo punto interrogarsi sulle intime ragioni che possono spingere i c.d. "pentiti" a collaborare con la giustizia. Sarebbe forse ingenuo credere di trovare una risposta esaustiva a tale interrogativo nella certezza (*rectius* nella speranza) del soggetto in questione di vedersi applicato un regime più attenuato in sede di irrogazione della pena, a maggior ragione se si considera che la fase più feconda della stagione del c.d. pentitismo si colloca in un periodo temporale – gli anni '80 del secolo scorso, epoca dei maxiprocessi – nel quale il regime premiale a favore dei collaboratori di giustizia non era ancora stato positivizzato. Lucida la risposta del giudice Borsellino:

«il terrore della vendetta mafiosa si manifesta nei soggetti in esame coevamente al c.d. pentimento ed è davvero impensabile per chi, come chi vi parla, ha vissuto da vicino, come magistrato istruttore, numerose di queste tragiche esperienze, che taluno esponga sé o i suoi familiari a siffatti pericoli, con la certezza inoltre di ricavare dal suo pentimento giudiziario condanna, sol per la vaga speranza di qualche ipotetico vantaggio processuale. La verità è che nella maggior parte dei casi di «pentimento» in procedimento di mafia o criminalità organizzata di tipo comune, pochissimo ha giocato la speranza di un favorevole trattamento in sede di irrogazione della pena; le motivazioni sono state, invece, le più svariate, talvolta anche apparentemente poco commendevoli, come la vendetta¹⁰⁹».

¹⁰⁸ G. FALCONE, *Cose di Cosa Nostra*, in collaborazione con M. PADOVANI, Milano, 1991, p. 41.

¹⁰⁹ P. BORSELLINO, *Oltre il muro dell'omertà*, cit., p. 43.

Né il riferimento allo scopo vendicativo come causa dell'agire del dichiarante deve costituire fonte di turbamento. *In primis* perché la credibilità del collaboratore non viene in alcun modo scalfita da un tale scopo, che anzi varrebbe a rafforzare la sua attendibilità, considerato che la vendetta perderebbe il suo senso se non fosse rivolta verso i reali responsabili delle stragi coinvolgenti, nella maggior parte dei casi, le famiglie dei pentiti.

In secundis, una riflessione sulla *ratio* e sulle origini dello strumento penale come forma di sostituzione alla vendetta privata indurrebbe a ritenere la scelta del collaborante come la più consona nell'ambito di un ordinamento giuridico basato sul principio dello stato di diritto¹¹⁰.

L'importanza di una legislazione premiale che preveda dei concreti benefici, o almeno degli strumenti di protezione, già dalla fase delle indagini preliminari si spiega agevolmente se si considera che le organizzazioni criminali di stampo mafioso sono caratterizzate da una spietata conflittualità interna che può determinare in certe circostanze un'impossibilità di vivere in condizioni di sicurezza. In tali casi, «allorché lo Stato riesce a fornire la sensazione di poter assicurare queste esigenze di sicurezza, si realizzano le condizioni che interessano il potenziale collaboratore, il quale, generalmente, non avanza altro genere di pretese, né ne avanzerà in seguito, se le sue aspirazioni a tutelare la propria incolumità e quella dei familiari rimarranno permanentemente soddisfatte¹¹¹».

Come spiegare allora il fiorire di pentiti quando ancora mancava del tutto una normativa *ad hoc* in relazione alla collaborazione processuale? Un ruolo fondamentale assunsero in quel periodo le figure degli organi inquirenti con le quali i collaboratori venivano a contatto – e ci si riferisce in particolare al giudice Falcone, considerato un *uomo d'onore* da molti degli stessi “pentiti” che si trovò a interrogare¹¹² –, considerati capaci di creare, senza vere basi di diritto positivo, gli apparati di difesa necessari.

¹¹⁰ Cfr. P. BORSELLINO, *Oltre il muro dell'omertà*, cit., pp. 43-44.

¹¹¹ P. BORSELLINO, *Oltre il muro dell'omertà*, cit., p. 148.

¹¹² Degne di nota le parole dello stesso giudice in relazione al suo rapporto con i collaboratori di giustizia: «Sono stato pesantemente attaccato sul tema dei pentiti. Mi hanno accusato di avere con loro rapporti «intimistici», del tipo «conversazione accanto al caminetto». Si sono chiesti come avevo fatto a convincere tanta gente a collaborare e hanno insinuato che avevo fatto loro delle promesse mentre ne estorcevo le confessioni. Hanno insinuato che nascondevo «nei cassetti» la «parte politica» delle dichiarazioni di

Proprio per evitare che la scelta di collaborare o meno derivasse da elementi contingenti, come appunto la presenza di un determinato giudice istruttore piuttosto che di un altro, da più parti si auspicava una specifica disciplina di protezione dei collaboratori di giustizia, che venisse assicurata anche una volta esaurito lo specifico ruolo processuale. Se infatti la *ratio* alla base della scelta di collaborare era funzionale alla necessità di trovare una protezione nello Stato, la regolamentazione del fenomeno avrebbe dovuto tener conto di tale esigenza anche nei momenti successivi alla conclusione della collaborazione.

Enormi dunque le potenzialità di una organica disciplina del fenomeno anche in relazione a tale profilo. D'altronde «Falcone diceva che i pentiti ci sono soltanto quando lo Stato dimostra di voler fare sul serio la lotta alla mafia. È evidente infatti che non si affida la propria vita, pentendosi, a chi non merita fiducia¹¹³».

Rintracciata così la fenomenologia della collaborazione nell'ambito specifico dei processi di mafia e indagatene brevemente le ragioni dell'importanza ai fini di una conoscenza dettagliata dell'ordinamento giuridico mafioso, si giunge adesso a considerare le *rationes* del regime premiale per i collaboratori di giustizia.

6. La ratio della disciplina premiale per i collaboratori di giustizia

Buscetta [...] perché questi uomini hanno dimostrato di avere fiducia in me? Credo perché sanno quale rispetto io abbia per i loro tormenti, perché sono sicuri che non li inganno, che non interpreto la mia parte di magistrato in modo burocratico, e che non provo timore reverenziale nei confronti di nessuno. E soprattutto perché sanno che, quando parlano con me, hanno di fronte un interlocutore che ha respirato la stessa aria di cui loro si nutrono. [...] Sono dunque diventato una sorta di difensore di tutti i pentiti perché, in un modo o nell'altro, li rispetto tutti [...]. Ho condiviso la loro dolorosa avventura, ho sentito quanto faticavano a parlare di sé, a raccontare misfatti di cui ignoravano le possibili ripercussioni negative personali, sapendo che su entrambi i lati della barricata si annidano nemici in agguato pronti a far loro pagare cara la violazione della legge dell'omertà. Provate a mettervi al loro posto: erano uomini d'onore, riveriti, stipendiati da un'organizzazione più seria e più solida di uno Stato sovrano, ben protetti dal loro infallibile servizio d'ordine, che all'improvviso si trovano a doversi confrontare con uno Stato indifferente, da una parte, e con un'organizzazione inferocita per il tradimento, dall'altra», G. FALCONE, *Cose di Cosa Nostra*, cit., pp. 67-68.

¹¹³ G.C. CASELLI-A. INGROIA, *L'eredità scomoda.*, cit., p. 134.

La collocazione della previsione di una disciplina premiale per i collaboratori di giustizia nell'ambito del diritto penitenziario risulta agevole se si prendono le mosse dalla nozione di premio così come elaborata in questo peculiare ambito. Infatti,

«il premio proprio del diritto penale premiale esprime un concetto relativo perché non consiste né in un bene né in un male in sé considerati, bensì in un male minore risultante dalla relazione tra rimproverabilità di una prima condotta e meritevolezza di una seconda, che in casi estremi (quando sia prevista una causa di non punibilità) si configura addirittura come un non male [...]. Il premio invece non risulta espressione di un *valore morale*, ma di uno *scopo politico-criminale*: esso non risponde ad una 'razionalità rispetto al valore', bensì a una 'razionalità rispetto allo scopo'¹¹⁴».

Come si evince dalla disciplina sopra esaminata, anche la collaborazione processuale può determinare l'ottenimento di un premio così inteso, anzi talora può essere forse proprio tale premio a determinare il potenziale detenuto ad iniziare un percorso collaborativo.

Da quanto si è sopra brevemente evidenziato, la collaborazione processuale rappresenta una forma di cooperazione con le autorità di polizia o con l'autorità giudiziaria al fine di accertare dei reati e/o di individuarne gli autori. L'attributo processuale non deve trarre in inganno: come è già stato precisato, essa può esplicitarsi anche al di fuori del processo *stricto sensu*, vale a dire anche in fase di indagini preliminari o di esecuzione, rilevando esclusivamente il fatto che da tale collaborazione emergano dei contributi probatori di un certo tipo.

Limitandoci in questo momento a soffermare l'attenzione sulla collaborazione prestata nella fase esecutiva e, quindi, sulla disciplina della premialità nell'ambito del diritto penitenziario, occorre preliminarmente riflettere sulla duplice forma che tale profilo ha tradizionalmente assunto.

Essa ha rappresentato, da una parte, un *mezzo di gestione del carcere*, nel cui ambito «l'attribuzione dei premi opera simmetricamente alla irrogazione delle sanzioni, essendo, gli uni, non diversamente dalle altre, strumenti di misura dell'adesione coatta alle regole

¹¹⁴ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pp. 8, 11.

disciplinari e mezzi per graduare, in positivo o in negativo, l'afflittività del regime carcerario¹¹⁵».

Dall'altra parte si è sempre collocata invece la c.d. *premialità-rieducazione*, volta a incentivare o a premiare la condotta collaborativa in quanto espressione di un progetto di risocializzazione del reo.

La previsione di un premio per la collaborazione processuale non pare tuttavia potersi inserire in nessuna delle suddette categorie e impone quindi l'elaborazione di un nuovo spazio, appositamente ritagliato per i collaboratori di giustizia che abbiano compiuto delitti particolarmente gravi: in virtù dell'attuale disciplina, a costoro vengono infatti riconosciuti, proprio in ragione della collaborazione, i benefici penitenziari sopra descritti, ai quali non potrebbero altrimenti accedere.

L'utilizzo degli strumenti di premialità penitenziaria nei confronti dei collaboratori di giustizia non è tuttavia esente da critiche, come si è in precedenza tentato di mettere in rilievo:

«la premialità penitenziaria sembra utilizzata dal legislatore italiano soprattutto per scopi diversi da quelli che le sono connaturati: più che assurgere a stimolo o a ricompensa per l'avvenuto progresso risocializzativo, essa viene strumentalizzata a fini *processuali*, di acquisizione di nuovo materiale probatorio, ovvero *sostanziali*, di prevenzione di offese future [...]. Si assiste ad una sorta di eterogenesi dei fini. Si premia per punire altri, a prescindere dal presupposto di merito che solo dovrebbe rilevare in fase di esecuzione della pena – il progresso rieducativo –, ma alla fine si offrono effettivamente strumenti risocializzativi, soprattutto nel caso del collaboratore protetto, assistito e 'finanziato'¹¹⁶».

Pur riconoscendo la fondamentale importanza assunta dalle dichiarazioni rese dai c.d. "pentiti" ai fini della ricostruzione dei fenomeni di criminalità organizzata, ciò non toglie che i suesposti rilievi paiono condivisibili con riferimento alla disciplina prevista nell'ordinamento penitenziario.

L'esplicita commistione emergente dal dettato normativo tra il piano del ravvedimento sostanziale del collaboratore – che incide sull'offesa arrecata – e quello del

¹¹⁵ A. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, p. 11.

¹¹⁶ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., pp. 359, 362.

ravvedimento processuale – in virtù del quale si guarda al solo contributo fornito ai fini dell'accertamento del fatto e/o dell'individuazione degli autori – non è in nessun modo giustificabile in ossequio al principio di rieducazione del condannato, a maggior ragione se si considera che

«è impensabile un «reinsediamento» in senso stretto del dissociato, specie se già appartenente alla mafia: egli diviene un teste di professione, costretto a vivere in clandestinità, per sempre escluso dalla vita sociale in conseguenza della condanna a morte decretata dall'organizzazione criminale da cui è fuoriuscito¹¹⁷».

Quid iuris?

7. Il regime ostativo al vaglio della Consulta

La riflessione sulla collaborazione con la giustizia funge da presupposto teorico per evidenziare le criticità del ruolo che l'art. 4-bis o.p. assegna a tale istituto: non poche questioni pone il suo utilizzo come unica possibilità per valicare il muro di una presunzione assoluta di pericolosità e per accedere così a benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione.

L'inversione di rotta rispetto alla legge Gozzini – che aveva segnato una notevole avanzata dell'ordinamento in chiave umanizzatrice e risocializzatrice – si traduce all'inizio degli anni Novanta nell'introduzione di modelli punitivi e premiali improntati ai paradigmi del diritto penale del nemico: non ci si interroga più circa la legittimità del trattamento inflitto e si manifesta, invece, disinteresse per la dignità della persona del nemico¹¹⁸.

Le riflessioni di carattere generale non esauriscono, tuttavia, i profili di criticità: sussistono infatti delle ragioni strettamente giuridiche che inducono a dubitare

¹¹⁷ G.C. CASELLI-E. FASSONE-V. GREVI-A. INGROIA-M. MADDALENA-G. TURONE-P.L. VIGNA, *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. GREVI, Bari, 1993, p. 201.

¹¹⁸ Cfr. A. BERNARDI, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in CORLEONE F.-PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena*, cit., pp. 85 ss., in particolare pp. 93, 109.

fortemente della conformità a Costituzione dell'ergastolo ostativo. Facciamo a questo proposito qualche cenno sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di funzione della pena, che si pone come naturale presupposto per una successiva riflessione sull'ergastolo ostativo.

7.1 *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla funzione della pena*

Nel concorrere a disegnare il volto costituzionale della pena, la giurisprudenza della Corte costituzionale si è nel tempo evoluta.

A fare da apripista in questo percorso è la c.d. teoria polifunzionale della pena: fondata su un'equiparazione tra le diverse funzioni tradizionalmente attribuite alla pena (retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale, rieducazione), tale teoria giustifica la sanzione penale attribuendole in concreto una delle funzioni teoricamente previste, le quali non devono essere necessariamente presenti in modo simultaneo.

In questa direzione va, in effetti, la sentenza 4 febbraio 1966, n. 12. La Corte ivi ribadisce che la pena è chiamata a svolgere diverse funzioni, «che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale». L'introduzione da parte dei padri costituenti della finalità rieducativa nel c. 3 dell'art. 27 della Costituzione non sarebbe dunque finalizzata a negare alla pena la sua legittimità nelle ipotesi in cui il fine rieducativo non sia in concreto perseguibile, in virtù della considerazione che essa può ugualmente trovare giustificazione nelle altre funzioni.

La Corte comincia a mettere in discussione la sua piena adesione a tale teoria a seguito delle rilevanti modifiche apportate all'ordinamento penitenziario dalla l. 26 luglio 1975, n. 354.

Restando ancorata a una professione di agnosticismo rispetto al testo dell'art. 27, c. 3, la Consulta muove qualche passo verso la rieducazione con la sentenza 17 maggio 1989, n. 282¹¹⁹: pur assumendo che non si possa aprioristicamente stabilire una netta

¹¹⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014, pp. 2-3.

gerarchia tra le funzioni della pena, la Corte sottolinea la necessità di individuare quale di esse debba prevalere nelle diverse fasi della dinamica punitiva (incriminazione astratta, commisurazione della pena, esecuzione).

La prospettiva muta quindi radicalmente con la storica sentenza n. 313 del 1990, destinata a divenire la nuova pietra angolare dell'interpretazione costituzionale del finalismo penale e a segnare il definitivo superamento della teoria polifunzionale della pena: essendo la funzione rieducativa l'unica espressamente consacrata in Costituzione, essa non può essere pregiudicata né da finalità di intimidazione e di difesa sociale – che pure trovano un fondamento costituzionale –, né da istanze afflittive o retributive, seppur queste siano le condizioni minime che rendono la sanzione penale una pena in senso proprio.

La finalità rieducativa caratterizza insomma la pena nel suo contenuto ontologico e, per questa ragione, deve fungere da stella polare sia per il legislatore in sede di previsione astratta della sanzione penale, sia per il giudice nella commisurazione in concreto della pena e infine per gli organi deputati alla sua esecuzione. Se così non fosse, si rischierebbe di strumentalizzare l'individuo, infliggendogli sanzioni esemplari per fini generali di politica criminale o di difesa sociale. Pertanto, afferma la Corte, «in uno Stato evoluto la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena».

Sulla primazia della finalità rieducativa della sanzione penale, dalla sua nascita nella mente del legislatore alla sua estinzione al termine dell'espiazione della pena, la Consulta è ritornata a più riprese nel corso del tempo e, di recente, con le sentenze 7 giugno 2017, n. 179 – nella quale ha altresì ribadito che i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost. «esigono di contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale» – e 21 giugno 2018, n. 149.

Se dunque è vero – come la stessa Corte costituzionale ha affermato nella sentenza 15 gennaio 2013, n. 1 – che un'interpretazione meramente letterale delle norme va rigettata, pare in questo caso imprescindibile ancorarsi all'unico dato letterale sulla pena

contenuto in Costituzione. Di esso il legislatore penale non può mai dimenticarsi, anche solo per prenderlo in considerazione quale limite negativo al suo agire¹²⁰.

7.2 *Le pronunce della Corte costituzionale in materia di ergastolo ostativo*

Dai cenni sull'evoluzione della giurisprudenza della Consulta in materia di funzione della pena può prendere le mosse la riflessione costituzionale sull'ergastolo ostativo. Affrontando la questione sotto angoli visuali diversi, la Corte ha dato inizialmente alla domanda di fondo relativa alla legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo delle risposte connotate da una certa tepidezza. A seguito di una lenta evoluzione, in parte connessa agli stimoli provenienti dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è adesso giunti a un punto di non ritorno.

Le prime pronunce della Corte relative al regime ostativo di cui all'art. 4-bis o.p., che riguardano la collaborazione con la giustizia, formano un trittico ideale: trattasi infatti di tre sentenze relative a talune ipotesi nelle quali la collaborazione da parte del condannato per un delitto c.d. ostativo non può per diverse ragioni esigersi. In tali casi, accertata la sussistenza dei presupposti specificamente richiesti per la concessione di misure alternative, lo sbarramento preclusivo derivante dalla mancata collaborazione è destinato a sgretolarsi, in ragione del venir meno nel caso concreto del ruolo che il legislatore ha inteso imprimergli.

¹²⁰ Su come riempire di contenuto il vincolo teleologico della rieducazione è invece doveroso interrogarsi. In questo senso cfr. M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra «ideologia correzionalistica» del trattamento e «garanzie» costituzionali di legalità e sicurezza*, in *RIDPP*, 2018, pp. 1692 ss. Dopo una dettagliata analisi sul significato che la finalità rieducativa della pena dovrebbe assumere all'interno di uno Stato democratico e pluralista, l'Autore così provocatoriamente conclude: «Parlare oggi di "rieducazione del condannato", vista l'attuale situazione quasi fatiscante, e quindi chiaramente "disumana", delle strutture carcerarie italiane e l'endemico "sovraffollamento" che le contraddistingue, come fa la legislazione penitenziaria attualmente vigente scrivendo un "libro dei sogni", se non in vista dell'unico risultato pratico raggiungibile, tutto "ideologico" ma che rende l'intero sistema penale totalmente "inefficiente", di una generalizzata "fuga" dalla pena detentiva, si traduce – ad essere benevoli – in una vera e propria "ipocrisia di Stato". Forse la più feroce e inumana, perché mostra un volto "buonista", liberal o democratico (che dir si voglia), tragicamente utopico, di fronte ad una realtà di vera "discarica umana", qual è attualmente la situazione carceraria di un'umanità dolente, che urla la propria disperazione al mondo, ma solo a quel mondo che, non accecato dall'ideologia, è, al contrario, in grado di ascoltarla, con umiltà», p. 31.

La prima pronuncia in ordine cronologico (sentenza 8 luglio 1993, n. 306) prende in esame le ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante a causa del completo accertamento dei fatti e delle responsabilità o dell'impossibilità di conoscere fatti e compartecipi per la marginale posizione rivestita nell'organizzazione. Dopo aver sottolineato che non sarebbe ammissibile una totale compressione della finalità rieducativa della pena, neanche a fronte della necessità di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa¹²¹, la Corte precisa che nelle ipotesi menzionate la collaborazione non può materialmente essere prestata, escludendo però dal novero dei casi quello in cui il condannato si professi innocente, «giacché dopo il giudicato una simile evenienza può assumere giuridica rilevanza solo a seguito dell'apposita procedura di revisione».

Nella sentenza in esame la Corte affronta anche la questione della revoca delle misure alternative alla detenzione per chi non collabori con la giustizia. La censura relativa alla violazione del principio di irretroattività della legge penale (art. 25, c. 2, Cost.) viene accolta dalla Corte, la quale ritiene che dalla mancata collaborazione non può automaticamente desumersi il mantenimento dei legami con l'organizzazione criminale, a maggior ragione se l'esistenza di tali collegamenti è già stata esclusa dal giudice che a monte ha deciso di concedere la misura alternativa.

La sentenza 27 luglio 1994, n. 357 riguarda invece l'ipotesi di impossibilità della collaborazione in ragione di una limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata con la sentenza di condanna. Se anche non sia stata concessa l'attenuante prevista dall'art. 114 c.p. della "minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato", configurabile nei soli casi in cui l'apporto del concorrente sia trascurabile nell'economia generale del reato, va infatti considerato che «partendo dal dato del minimo contributo causale rispetto al fatto-reato, altro è valutare, in sede di cognizione, se l'imputato sia meritevole anche sotto il profilo soggettivo, di una diminuzione di pena, altro è stabilire, nel quadro delle finalità della esecuzione penale, se, obiettivamente, al condannato non sia possibile offrire una collaborazione che superi la soglia della irrilevanza». Sarebbe infatti irragionevolmente discriminatorio escludere dall'ammissione ai benefici

¹²¹ «Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata».

penitenziari il condannato che non sia nelle condizioni di prestare un'utile collaborazione con la giustizia per il suo limitato bagaglio di conoscenze relative al reato.

A completare il trittico giunge infine la sentenza 1 marzo 1995, n. 68, relativa all'ipotesi di impossibilità della collaborazione a causa di un integrale accertamento con sentenza irrevocabile dei fatti e delle responsabilità. In questa situazione verrebbe infatti inutilmente frustrato il precetto costituzionale della rieducazione in ragione del fatto che la mancata concessione delle misure alternative sarebbe fondata su un presupposto impossibile da realizzare, perché l'eventuale comportamento collaborativo non potrebbe aggiungere nulla a quanto è già stato accertato. Si tratterebbe insomma di un'esclusione arbitraria da una serie di opportunità trattamentali, peraltro neanche giustificata alla luce di esigenze di prevenzione generale. «È evidente, infatti, che le persone condannate prima dell'entrata in vigore della norma oggetto di impugnativa, in tanto possono essere indotte a serbare una condotta collaborativa, in quanto residui in concreto uno spazio per collaborare e offrire, per questa via, un tangibile segno della propria dissociazione dal crimine organizzato. Se invece tale spazio manchi [...], gli effetti della norma sono esattamente opposti agli obiettivi che con essa si è inteso perseguire, giacché il condannato viene ad essere posto in una situazione di sostanziale indifferenza rispetto alla scelta se recidere o meno i collegamenti con il mondo del crimine». Peraltro con il rischio ulteriore di ledere il principio di uguaglianza, dipendendo in questo caso la possibilità di collaborare dalla maggiore o minore ampiezza degli accertamenti compiuti in sede processuale.

Un'importante presa di posizione del giudice costituzionale in materia di ergastolo ostativo si ha all'alba del nuovo secolo, con la sentenza 24 aprile 2003, n. 135. Non si rinviene la sussistenza di un automatismo – dice la Corte – in tutti i casi nei quali la mancata collaborazione è imputabile a una libera scelta del condannato. Fuori dunque dalle ipotesi in cui la scelta di collaborare non è giuridicamente e naturalisticamente ipotizzabile (collaborazione impossibile o inesigibile *ut supra*), il condannato è libero di decidere se collaborare o meno. Non si può pertanto concludere che le preclusioni previste dall'art. 4-bis o.p. discendono automaticamente dalla norma: essendo data al condannato la possibilità di mutare la propria scelta, l'attuale meccanismo non preclude

in modo assoluto l'accesso al beneficio, essendo il divieto ancorato alla perdurante scelta di non collaborare.

Se tale sentenza segna una presa di posizione del giudice costituzionale sull'ergastolo ostativo, l'art. 4-bis non riesce comunque a trovar pace: i magistrati di sorveglianza tornano ad attaccarlo sotto altri profili, incontrando talora i favori della Corte.

È quanto accade, ad esempio, con le due sentenze 22 ottobre 2014, n. 239 e 12 aprile 2017, n. 76, relative alla detenzione domiciliare ordinaria e speciale per le detenute madri di bambini di età pari o inferiore ai dieci anni condannate per un reato c.d. ostativo. Al pari degli altri condannati soggetti al regime ostativo ai sensi del c. 1 dell'art. 4-bis o.p., infatti, esse non avrebbero potuto accedere alle misure alternative in ragione della stessa presunzione assoluta di pericolosità gravante sui detenuti condannati per delitti c.d. ostativi di prima fascia e non collaboranti.

Nel bilanciamento tra esigenze di difesa della società dalla criminalità organizzata – quanto meno secondo la *ratio* originaria dell'art. 4-bis o.p. – e interesse del minore a una relazione genitoriale che possa consentirgli un sereno sviluppo fisio-psichico, la Corte ritiene che a prevalere debba essere quest'ultimo, alla luce dell'art. 31, c. 2, Cost – la Repubblica «protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo» –, e delle previsioni internazionali relative. Nell'ipotesi contraria si finirebbe infatti per far pesare ingiustamente sul minore sia le scelte criminose della madre, sia la sua successiva scelta di non collaborare.

La Corte precisa in entrambe le pronunce che la concessione alla madre detenuta della misura alternativa della detenzione domiciliare deve in ogni caso seguire a un bilanciamento nel caso concreto tra interesse del minore e esigenze di sicurezza collettiva, affidato al magistrato di sorveglianza.

Sulla lettura delle due sentenze in esame la dottrina si è divisa: secondo l'orientamento prevalente «sarebbe la specialità del parametro costituzionale invocato e utilizzato dalla Corte (che “assorbe” tutti gli altri prospettati dai giudici *a quibus*) a

giustificare la crepa così provocata nel monolite dell'art. 4-*bis*¹²²». Si tratterebbe insomma di un'eccezione rispetto al regime ordinario per i condannati per delitti c.d. ostativi.

Secondo un altro orientamento¹²³ invece le sentenze in questione si potrebbero leggere alla luce del contesto costituzionale nel quale si inseriscono. Il discorso muove da una riflessione su automatismi e preclusioni assolute, che assorbono *in toto* la discrezionalità del giudice: quando il legislatore introduce norme di tal fatta, lo fa per evitare che i giudici possano discostarsi dalle sue scelte di politica criminale, oggi improntate in ambito penalistico alla «tolleranza zero».

Essendo oramai assodato che gli automatismi normativi vadano rigettati soprattutto in relazione alla fase penitenziaria – dove indispensabile è l'individualizzazione del trattamento –, il netto ridimensionamento della discrezionalità giudiziale nel regime ostativo fa sorgere qualche perplessità.

In casi come questo, la *questio* sollevata davanti alla Corte costituzionale cela in realtà un conflitto di attribuzioni: «disarticolando l'automatismo normativo, la Corte costituzionale restituisce al giudice ciò che il legislatore gli aveva sottratto, cioè l'apprezzamento caso per caso¹²⁴».

Nelle due sentenze in questione la lesione dell'interesse del minore e la susseguente violazione della norma costituzionale derivano esattamente dal mancato coinvolgimento del giudice, seppur la lesione alla riserva di giurisdizione viene fatta valere col mezzo dell'art. 31, c. 2, Cost. Queste sentenze allora «non sono il segnale di una mera erosione periferica dell'art. 4-*bis* ord. penit. Al contrario, indicano il punto di cedimento strutturale del suo regime ostativo, il cui epicentro va individuato esattamente nella *illegittima pretesa del legislatore della punizione di poter fare a meno del giudice dell'esecuzione penale*¹²⁵».

Se dunque la Corte costituzionale dovesse continuare a ispirarsi alla *ratio decidendi* in virtù della quale ogni automatismo, in specie quelli inerenti alla fase dell'esecuzione

¹²² D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, p. 17. Per i riferimenti bibliografici della dottrina che sostiene questo orientamento, cfr. *ibid.*, nota 72.

¹²³ È quello sostenuto da D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., pp. 18-20.

¹²⁴ D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., p. 19.

¹²⁵ D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., p. 20.

penale, è *ab origine* contrario a Costituzione – ritengono infine i sostenitori di questo orientamento –, si potrebbe essere ottimisti nei confronti del destino del 4-*bis*.

Ed effettivamente i tempi sono forse mutati.

Il banco di prova viene fornito dalla sentenza 21 giugno 2018, n. 149, con la quale la Consulta dichiara contraria a Costituzione la disposizione che non consente ai condannati all'ergastolo per sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo, eversione che abbiano cagionato la morte del sequestrato l'accesso ai benefici previsti dall'art. 4-*bis* o.p., se non dopo aver scontato effettivamente almeno 26 anni di reclusione (art. 58-*quater*, c. 4, o.p.). Gli appartenenti a questa categoria vengono in sostanza discriminati nel loro trattamento penitenziario non soltanto con riferimento alla generalità dei detenuti, ma anche rispetto ai condannati per gli altri delitti previsti nell'art. 4-*bis*, c. 1, o.p., la cui possibilità di accesso ai benefici è subordinata alla collaborazione o alle situazioni ad essa equiparate (senza ulteriori preclusioni di sorta).

L'appiattimento sull'unica soglia di 26 anni per l'accesso a qualsiasi beneficio determina un palese contrasto con il principio di progressività trattamentale e di flessibilità della pena, corollario del canone costituzionale della rieducazione.

La disposizione priva altresì di significato le detrazioni di pena concesse a titolo di liberazione anticipata, non incentivando così il condannato a partecipare all'opera di rieducazione: le detrazioni di pena avvicinano infatti il condannato alla prospettiva di ottenere dei benefici penitenziari, rappresentando una notevole spinta per il condannato a impegnarsi nella partecipazione al percorso rieducativo che gli viene proposto.

L'automaticità della preclusione per una soglia temporale così elevata (26 anni) contrasta infine con la finalità rieducativa della pena, che, sottolinea la Corte, «deve essere sempre garantita anche nei confronti di autori di delitti gravissimi, condannati alla massima pena prevista nel nostro ordinamento». Ne deriva la necessità di individualizzazione del trattamento penitenziario, essendo invece incompatibili con l'attuale assetto costituzionale preclusioni assolute per determinate categorie di condannati, che pure abbiano partecipato al percorso di rieducazione e per i quali non sussistano indici di perdurante pericolosità. La valutazione deve insomma essere rimessa alla discrezionalità giudiziale.

Di qualche rilievo ai fini che qui interessano può risultare inoltre l'ordinanza 10 maggio 2019, n. 117, nella quale la Corte prende posizione in merito al diritto al silenzio. La Consulta ivi ritiene che esso, prima ancora che un corollario del diritto di difesa, costituisca un diritto inviolabile della persona umana, intrinsecamente appartenente alla nostra identità costituzionale.

Il caso in questione, apparentemente molto lontano dall'argomento qui trattato, riguarda la possibilità di sanzionare con un'ingente sanzione pecuniaria una persona che abbia deciso di non collaborare con la CONSOB. La domanda sorge allora spontanea: se non si può automaticamente infliggere una sanzione pecuniaria a una persona che non voglia collaborare con la CONSOB, perché si può invece condannare una persona che decida di non collaborare con la giustizia a morire dietro le sbarre? Se il diritto di non collaborare deve essere garantito in ogni fase processuale come espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, è irrazionale che in fase esecutiva esso si trasformi in un dovere necessario per accedere a strumenti che dovrebbero essere la naturale conseguenza di una proficua partecipazione al percorso penitenziario.

La fervente attesa per le recentissime pronunce della Corte in materia di 4-bis e regime ostativo si è da ultimo risolta con approdi che fanno ben sperare.

Storica è verosimilmente in questo senso la portata della sentenza 4 dicembre 2019, n. 253, che, per inciso, segue di qualche mese la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Viola v. Italia*. Oggetto della censura di legittimità costituzionale è ancora una volta l'art. 4-bis o.p., nella parte in cui esclude l'accesso alla fruizione del permesso premio per i condannati all'ergastolo per taluni reati previsti nel comma 1 della stessa norma - a venire in considerazione nel caso di specie sono i delitti commessi avvalendosi delle condizioni indicate nell'art. 416-bis c.p., i delitti volti ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa, nonché i delitti commessi da soggetti affiliati al consorzio criminoso - che non abbiano collaborato con la giustizia.

Nella prospettiva dei giudici rimettenti la disposizione in questione violerebbe l'art. 3 Cost. sul versante della ragionevolezza: la preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari non consentirebbe infatti alcuna valutazione in concreto della pericolosità del condannato, in ragione della presunzione del mantenimento dei collegamenti con l'organizzazione criminale in assenza di collaborazione. Verrebbero

inoltre frustrati gli obiettivi di risocializzazione evocati dall'art. 27, c. 3 Cost., impedendo la costante valutazione dell'evoluzione personologica del condannato durante l'intera fase esecutiva.

Ed è proprio sulla problematicità dell'automatismo che la Consulta fa leva nella sua decisione: «la presunzione della mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, che incombe sul detenuto non collaborante, è assoluta, perché non può essere superata da altro, se non dalla collaborazione stessa. E, come si chiarirà, è proprio questo carattere assoluto a risultare in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.». Se dunque la presunzione di pericolosità per il condannato non collaborante non è costituzionalmente illegittima, essa lo diventa nel momento in cui assume i caratteri dell'assolutezza. Per tre ordini di ragioni, chiarisce la Corte.

Anzitutto perché tale presunzione soddisfa «esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva» che aumentato il carico afflittivo del detenuto non collaborante facendo leva su elementi estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena. Invece «l'assenza di collaborazione con la giustizia dopo la condanna non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, in conseguenza del fatto che il detenuto esercita la facoltà di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato»; si trasformerebbe altrimenti la libertà di non collaborare in uno strumento di afflizione ulteriore.

In secondo luogo, l'assolutezza della presunzione in esame impedisce al condannato di accedere a qualsiasi misura extramuraria, non consentendo così aprioristicamente alcuna valutazione sul percorso carcerario del reo e sull'evoluzione della sua personalità. Ciò sortirebbe l'effetto di far abortire sul nascere i tentativi di reinserirsi nella società e metterebbe altresì in ombra i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena.

V'è una terza ragione infine che fa leva sulla generalizzazione che sta alla base del meccanismo presuntivo. Pur riconoscendo che il consorzio criminoso di stampo mafioso crea dei legami molto forti tra i suoi affiliati, la Corte ritiene che l'assunto in virtù del quale il condannato per delitto di associazione mafiosa o per delitti ad esso collegati mantiene, se non collabora, i suoi legami con l'associazione può essere smentito da specifiche allegazioni di senso contrario. Una valutazione in concreto si rende a maggior

ragione necessaria in fase esecutiva, nella quale la variabile tempo può incidere sull'evoluzione della personalità del detenuto e sul contesto di riferimento (la consorteria mafiosa).

La Corte si preoccupa anche di sottolineare la necessità di un contemperamento tra esigenze rieducative e preventive: per questa ragione precisa che, ai fini del superamento della presunzione di pericolosità sociale del detenuto, non possono bastare la buona condotta carceraria o l'adesione al percorso rieducativo; occorre altresì far leva su elementi concreti e specifici relativi sia alla condotta carceraria, sia al contesto esterno (organizzazione criminale di provenienza, contesto socio-economico e familiare, profili patrimoniali).

In virtù delle suesposte considerazioni la Consulta giunge così a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, c. 1 - estendendo peraltro consequenzialmente la decisione a tutti i reati contenuti nel primo comma -, nella parte in cui impedisce ai condannati per i delitti ivi previsti la possibilità di accedere al beneficio del permesso premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, purché sussistano elementi tali da escludere, secondo un regime probatorio rafforzato, la permanenza dei collegamenti con la criminalità organizzata, nonché il rischio di un loro ripristino.

La portata della sentenza è certamente rivoluzionaria: per la prima volta si scalfisce in modo così diretto l'automatismo preclusivo alla base del 4-bis, negando alla collaborazione con la giustizia quel suo esacerbato protagonismo. Ciononostante delle precisazioni si impongono.

Va anzitutto chiarito - come la Corte stessa si preoccupa di fare - che quella in esame non è una sentenza sull'ergastolo ostativo, un contraltare ideale di *Viola v. Italia*: dovendosi la Corte attenere al perimetro ritagliato dai giudici rimettenti, essa si pronuncia in merito al solo beneficio del permesso premio, non prendendo in considerazione nessuna misura alternativa alla detenzione. La restituzione di discrezionalità al giudice della sorveglianza e il conseguente superamento del carattere assoluto della presunzione di pericolosità riguarda dunque esclusivamente, allo stato attuale, il permesso premio. Essendo esclusa la possibilità di una interpretazione analogica, è prevedibile che in futuro vengano proposte ulteriori questioni di costituzionalità relative alle altre misure previste dall'art. 4-bis o.p., sebbene risulti

maggiormente auspicabile - e forse attualmente utopico - un intervento del legislatore in tal senso.

In prospettiva sistematica è ulteriormente lecito interrogarsi sui rapporti instaurantesi tra il c. 1 e il c. 1-*bis* dello stesso art. 4-*bis*, dove si prevedono le ipotesi di collaborazione impossibile o inesigibile, recepite dal legislatore a seguito delle sentenze della Consulta. Deve ragionevolmente ritenersi che, laddove ricorrano i presupposti per la dichiarazione di impossibilità o inesigibilità della collaborazione, l'attuale regime resti inalterato, stante l'evidente attenuazione dell'onere probatorio rispetto alle ipotesi nelle quali si debba superare la presunzione di pericolosità secondo i dettami forniti dalla Corte¹²⁶.

La novità introdotta dalla Corte finisce insomma per configurare «un “*tertium genus*” tra la collaborazione positivamente prestata e quella impossibile/inesigibile¹²⁷». È d'altra parte agevole notare che la valutazione del magistrato di sorveglianza non potrà che essere diversa a seconda che si appunti su un soggetto che abbia scelto di non collaborare o invece su un soggetto che, pur volendo collaborare, non abbia potuto farlo¹²⁸.

A conclusione di questo *excursus* giurisprudenziale si pongono infine alcune recenti sentenze attinenti alla legittimità dei presupposti per l'accesso ai benefici penitenziari e, più in generale, alla questione dei delitti c.d. ostativi inseriti nell'art. 4-*bis* o.p.¹²⁹.

La sentenza 12 marzo 2020, n. 50 riguarda una censura di illegittimità costituzionale mossa all'art. 47-*ter*, c. 1-*bis* o.p. Tale norma prevede la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare quando residuino due anni di pena, anche come residuo di maggior pena, purché siano assenti i presupposti per l'affidamento in prova e non sussista il pericolo di commissione di altri reati; essa esclude tuttavia tale possibilità per i condannati per i reati previsti nell'art. 4-*bis* o.p. Secondo una giurisprudenza

¹²⁶ Si richiede infatti, *ut supra*, di dimostrare l'assenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata, unitamente all'assenza del rischio di ripristino di tali collegamenti.

¹²⁷ F. FIORENTIN, *Condizioni stringenti per la concessione dei permessi premio*, in *Guida al diritto*, 5/2020, p. 87.

¹²⁸ Cfr. sul punto F. FIORENTIN, *Condizioni stringenti per la concessione dei permessi premio*, cit., pp. 86-87.

¹²⁹ Qui verranno esaminate le sentenze n. 50 e 52 del 12 marzo 2020. La sentenza 26 febbraio 2020, n. 32, relativa ai profili di illegittimità costituzionale della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. Spazzacorrotti), sarà invece oggetto di considerazioni nel capitolo successivo, cfr. *infra*.

consolidata il richiamo che l'art. 47-ter fa all'art. 4-bis si riferisce al solo elenco di reati in esso contenuto e non anche alla disciplina in esso prevista, per quanto attiene, ad esempio, alla collaborazione. Si tratterebbe di una presunzione assoluta di inidoneità alla misura della detenzione domiciliare, in virtù del fatto che un soggetto condannato per uno dei reati di cui al 4-bis si ritiene presuntivamente pericoloso.

Il giudice rimettente rileva un contrasto con diverse disposizioni costituzionali: anzitutto l'art. 3, essendo l'art. 47-ter fondato su una presunzione arbitraria che può essere nella pratica agevolmente smentita e configurando un'irragionevole differenziazione rispetto agli altri benefici previsti dal 4-bis - tra i quali è peraltro previsto l'affidamento in prova al servizio sociale, misura meno contenitiva rispetto a quella in discussione -, ai quali si può accedere quanto meno in caso di collaborazione; in secondo luogo l'art. 27, c. 1 e 3, essendo pregiudicato il finalismo rieducativo e i principi di personalizzazione, gradualità e proporzionalità della pena, considerato che la detenzione domiciliare potrebbe essere inserita all'interno di un programma trattamentale avente il fine ultimo della risocializzazione.

Nel ritenere le questioni infondate nel merito, il giudice costituzionale argomenta come segue.

Quanto all'irragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità, la Corte ritiene che la preclusione in esame, pur trovando fondamento nel titolo di reato e quindi inserendosi in una logica presuntiva, dipende comunque da una concomitante valutazione giudiziale che non ha avuto un esito positivo. Essa si basa infatti su un presupposto negativo implicito, ossia la mancata concessione dell'affidamento in prova ai servizi sociali, seguita a una valutazione del giudice in merito alla pericolosità del soggetto.

A ben vedere, sostiene la Corte, ciò che la disposizione in esame presume non è la pericolosità del soggetto, bensì l'inefficacia rieducativa della misura della detenzione domiciliare: tale preclusione si inserisce in un ordito che tiene conto delle varie forme di esecuzione della pena, tentando di instradare i singoli in base al diverso grado di pericolosità. Non si preclude insomma alcuna possibilità di risocializzazione.

La Corte osserva infine, quanto alla maggiore restrittività della misura della detenzione domiciliare rispetto all'affidamento in prova, che non possa stilarsi una

graduatoria tra le varie misure penitenziarie a seconda della loro distanza dalla detenzione intramuraria: se il loro obiettivo finale è il reinserimento nella società, «non ha fondamento la pretesa di riscontrare corrispondenza assoluta tra livello di pericolosità del condannato stesso (misurato, oltretutto, secondo criteri largamente presuntivi) e maggiore o minore “somiglianza” delle singole misure al contenimento estremo, assicurato dalla detenzione in carcere (senza permessi, senza lavoro esterno, eccetera)». A maggior ragione se si considera che anche l’affidamento in prova implica delle stringenti preclusioni, che limitano la libertà personale non meno della detenzione domiciliare, e può quindi fronteggiare in modo efficace l’eventuale pericolosità del condannato per uno dei reati di cui all’art. 4-bis.

Dovrebbe eventualmente essere il legislatore a decidere di configurare diversamente i presupposti per l’accesso ai benefici penitenziari nel quadro di una riforma più ampia sui presupposti d’accesso. Non avendo colto l’opportunità fornitagli in questo senso con la l. 23 giugno 2017, n. 103, la Corte ritiene che si tratti comunque di «espressione di discrezionalità, opinabile sul piano delle scelte di politica penitenziaria, ma non in contrasto con il principio costituzionale di finalizzazione rieducativa della pena (art. 27, primo e terzo comma, Cost.), e non irragionevole al punto da integrare una lesione ex art. 3 Cost.».

La concomitante sentenza 12 marzo 2020, n. 52 investe invece direttamente, ancora una volta, l’art. 4-bis, c. 1, ritenuto dal Tribunale di sorveglianza di Firenze contrario agli artt. 3 e 27, in ragione del fatto che esso non esclude dal novero dei reati ostativi all’accesso ai benefici penitenziari il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) nel caso in cui sia stata riconosciuta l’attenuante del fatto di lieve entità.

Il giudice rimettente ritiene che la disposizione in questione ponga irragionevolmente sullo stesso piano azioni criminose di diverse entità: il riconoscimento dell’attenuante della lieve entità del fatto sarebbe ontologicamente in contrasto con la presunzione assoluta di pericolosità contenuta nel 4-bis, che si potrebbe invece giustificare con riferimento al compimento dello stesso fatto di reato in forma non circostanziata, soprattutto se imputabile a organizzazioni criminali o comunque collegato alle attività delle stesse.

L'impossibilità di accedere, nel caso di specie, all'affidamento in prova, determinerebbe inoltre una violazione dell'art. 27 Cost., poiché frapporrebbe un ostacolo al reinserimento sociale del detenuto. Il giudice *a quo* precisa infatti che, sussistendo tutti i requisiti previsti dall'art. 47 per accedere alla misura in questione, l'unico ostacolo alla concessione della misura deriverebbe dall'inserimento del reato in questione tra i delitti ostativi.

Adagiandosi sulla precedente sentenza n. 188 del 2019, la Corte dichiara infondate le questioni sollevate, ritenendo incongruo il ragionamento del giudice rimettente nella misura in cui si fonda sulla «qualità del fatto ostativo», piuttosto che sulle caratteristiche della misura preclusa: sarebbe infatti il riconoscimento dell'attenuante a risultare incompatibile con la presunzione di pericolosità. Tuttavia – ribadisce la Corte – l'attenuante non si fonda sulla pericolosità del comportamento, bensì sulle circostanze del caso concreto ed è finalizzato ad adeguare ad esse la pena. Non ne risulta in alcun modo intaccata la coerenza legislativa: la scelta del legislatore si fonda infatti sul titolo di reato e non sulla pena in concreto inflitta.

Richiamando la sentenza n. 253 del 2019, la Corte precisa significativamente: «tale pronuncia non incide sul destino delle questioni poste dall'odierno rimettente. Quest'ultimo, infatti, non contesta la compatibilità costituzionale della preclusione assoluta all'accesso a taluni benefici penitenziari, disegnata dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. per il condannato che non collabori con la giustizia. Censura, bensì, come visto, l'inclusione nell'elenco dei reati ostativi di una singola fattispecie di reato, in quanto assistita dall'attenuante della lieve entità del fatto».

In queste ultime parole si può leggere *in nuce* l'atteggiamento di apertura della Corte: per ottenere uno scrutinio di costituzionalità dell'art. 4-bis bisognerebbe far leva sull'assolutezza delle preclusioni in esso previste, nonché sulle caratteristiche specifiche delle singole misure alternative alla detenzione in esso elencate. La strategia argomentativa della Consulta nella sentenza 253/2019 muove infatti – oltre che dalla problematicità della configurazione di una presunzione assoluta di pericolosità – proprio dalle caratteristiche del permesso premio, quale beneficio che incentiva il detenuto ad avviare un percorso di risocializzazione.

Quantunque sia vero che il catalogo di cui all'art. 4-bis si è nel tempo molto arricchito rispetto alla sua impostazione originaria in base a scelte di politica criminale spesso non omogenee, non è tuttavia sul punto di un'irragionevole equiparazione di fattispecie molto distanti tra loro che occorre puntare: trattasi infatti, come la Corte ha sottolineato, di scelte rimesse alla discrezionalità del legislatore. Per tentare di erodere il muro degli automatismi preclusivi all'accesso delle misure alternative alla detenzione, è da un'attenta ricostruzione delle loro stesse caratteristiche che bisognerebbe prendere le mosse. La rotta è segnata.

8. Gli impulsi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: prospettive convenzionali sul *life imprisonment without hope*

Oltre che in virtù della sua intrinseca rilevanza, un esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di pena perpetua non riducibile (*life imprisonment without hope*) si impone, anche in ragione della recente valorizzazione del suo ruolo da parte della giurisprudenza interna, anche costituzionale.

L'atteggiamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia è stato piuttosto guardingo sino al 2013: rimettendo la questione al margine di apprezzamento statale, essa ha deciso di non assumere inizialmente posizioni radicali su una questione alquanto delicata, poiché coinvolgente il campo minato del punire.

Kafkaris v. Cipro (12 febbraio 2008) ce ne offre una testimonianza. La Corte ritiene ivi insussistente la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che vieta le pene e i trattamenti inumani e degradanti, qualora la pena dell'ergastolo risulti *de jure* e *de facto* riducibile:

«In determining whether a life sentence in a given case can be regarded as irreducible, the Court has sought to ascertain whether a life prisoner can be said to have any prospect of release. An analysis of the Court's case-law on the subject discloses that where national law affords the possibility of review of a life sentence with a view to its commutation, remission, termination or the conditional release of the prisoner, this will be sufficient to satisfy Article 3 [...]. It follows that a life sentence does not become "irreducible" by the mere fact that in practice it may be served in

full. It is enough for the purposes of Article 3 that a life sentence is *de jure* and *de facto* reducible». (§ 98)

Essendo nel caso di specie accordato al Capo dello Stato il potere di accordare la grazia, di commutare le pene e di concedere la liberazione condizionale, ed avendolo questi in concreto più volte esercitato, non si ritiene che l'ergastolo sia effettivamente irriducibile.

Criticata da più parti in ragione dell'assenza di indicazioni in merito ai caratteri che la riducibilità debba in concreto assumere – organo competente, *quantum* di pena da scontare –, tale decisione viene superata dopo qualche anno dalla sentenza *Vinter e altri v. Regno Unito* (9 luglio 2013), che segna un decisivo passo avanti nella giurisprudenza convenzionale in materia: la Corte chiarisce quando l'ergastolo possa effettivamente dirsi riducibile alla luce degli scopi di prevenzione e risocializzazione della pena, prendendo atto del fatto che, come era stato autorevolmente affermato, «the most important penological issue on the European agenda today is life imprisonment¹³⁰».

Ottenendo il voto favorevole della quasi totalità dei giudici (sedici su diciassette), la sentenza in esame dichiara contraria all'art. 3 CEDU la pena perpetua irriducibile (*whole life order*¹³¹), in quanto assimilabile a un trattamento inumano per via delle conseguenze in termini di desocializzazione e di de-umanizzazione ad esso imputabili.

La Corte afferma che ogni condannato ha il diritto a conoscere, sin dal momento della condanna, il percorso che potrebbe un giorno consentirgli di lasciarsi alle spalle le porte del carcere, ma rimette agli Stati la scelta in merito all'organo competente a pronunciarsi sulla scarcerazione e al numero di anni di pena da espiare prima di poter accedere a una nuova valutazione della misura detentiva originariamente inflitta.

Nel caso di specie l'unica speranza per il condannato all'ergastolo risiederebbe in una decisione discrezionale del potere politico: nel Regno Unito, infatti, solo il Ministro della Giustizia può rilevare la sussistenza di circostanze particolari – inerenti allo stato di

¹³⁰ P.P. DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment and the European right to hope*, in *Rivista AIC*, 2/2015, p. 1.

¹³¹ Trattasi di un ordine di carcerazione per tutta la vita, conseguente all'irrogazione da parte del giudice britannico della pena dell'ergastolo senza la fissazione di un termine dopo il quale il condannato può chiedere un rilascio anticipato (*early release*).

salute del detenuto o a scelte pietistico compassionevoli (*compassionate grounds*) – che possano giustificare la scarcerazione.

Perché l'ergastolo sia convenzionalmente conforme, diviene dunque necessario non solo prevedere nell'*iter* penitenziario un momento di rivalutazione dell'attualità degli scopi della pena, ma anche consentire al condannato di conoscere il tipo di condotta da tenere per poter uscire dal carcere in un momento antecedente alla sua morte. Risulterebbe altrimenti violato il suo diritto alla speranza, che è costitutivo di ogni essere umano e che va riconosciuto all'autore anche dei crimini più efferati, come il giudice Power-Forde chiarisce espressamente nella sua *concurring opinion*:

« [...] Article 3 encompasses what might be described as “the right to hope”. It goes no further than that. The judgement recognizes, implicitly, that hope is an important and constitutive aspect of the human person. Those who commit the most abhorrent and egregious of acts and who inflict untold suffering upon others, nevertheless retain their fundamental humanity and carry within themselves the capacity to change. Long and deserved though their prison sentences may be, they retain the right to hope that, someday, they may have atoned for the wrongs which they have committed. They ought not to be deprived entirely of such hope. To deny them the experience of hope would be to deny a fundamental aspect of their humanity and, to do that, would be degrading».

La direzione intrapresa con *Vinter*, riconfermata da una serie di pronunce successive¹³², riceve un ulteriore impulso nel caso *Trabelsi v. Belgio* (16 febbraio 2015), relativo a un ricorrente che doveva essere estradato negli Stati Uniti per essere processato per reati riguardanti il terrorismo, punibili con l'ergastolo. Nella loro nota diplomatica le autorità statunitensi ritengono che la pena dell'ergastolo, così come configurata nel loro ordinamento, debba ritenersi riducibile, in ragione della possibilità accordata al condannato di accedere alla liberazione condizionale in presenza di un'utile collaborazione nelle indagini o nell'esercizio dell'azione penale o alternativamente se sussistano comprovate ragioni umanitarie; il condannato può chiedere inoltre al Presidente la commutazione della pena o la grazia.

¹³² *Ocalan v. Turchia* n. 2 (13 ottobre 2014), *Laszlo Magyar v. Ungheria* (13 ottobre 2014), *Harachiev e Tolumov v. Bulgaria* (8 ottobre 2014), *Murray v. Paesi Bassi* (26 aprile 2016).

Nell'opinione della Corte invece, pur essendovi per il condannato una prospettiva di rilascio, l'ergastolo eventualmente imposto al ricorrente non sarebbe riducibile, non essendo normativamente prevista una procedura che consenta di valutare l'eventuale evoluzione del condannato e di verificare l'attualità degli scopi della pena in base a criteri oggettivi e predeterminati, conosciuti dal reo sin dal momento della sua condanna. L'eventuale estradizione del ricorrente esporrebbe quindi il Belgio a una violazione dell'art. 3, poiché aprirebbe la via all'irrogazione di un trattamento inumano.

Un'ulteriore avanzata della Corte è segnata dalla sentenza *T.P. e A.T. v. Ungheria* (6 marzo 2017): il margine di apprezzamento che la Corte aveva lasciato agli Stati in merito al *quantum* di pena che doveva essere scontato prima di poter chiedere una rivalutazione della stessa¹³³ viene in qualche modo scalfito. Il termine di quaranta anni previsto dallo Stato ungherese per la verifica dell'attualità degli scopi della detenzione non offre all'ergastolano la prospettiva di una pena *de facto* riducibile, privandolo così del diritto alla speranza.

Un'inaspettata battuta d'arresto giunge invece nel gennaio del 2017 a seguito della sentenza *Hutchinson v. Regno Unito*: pur trattandosi di un caso molto simile a quello prospettato in *Vinter*, la Corte salva questa volta il sistema inglese, in nulla peraltro mutato rispetto alla configurazione precedentemente assunta. Dirimente è tuttavia un elemento che potrebbe di primo acchito apparire di contorno: la decisione del caso *R. v. McLoughlin* (18 febbraio 2014) da parte della Corte d'appello del Regno Unito. Nella sua decisione il giudice inglese ritiene che il sistema britannico non violi in alcun modo l'art. 3 della Convenzione, essendo il Ministro - chiamato a decidere della prosecuzione o meno dell'ergastolo - vincolato ad esercitare i propri poteri in modo compatibile con la suddetta norma. Non si ritiene che vi sia la necessità di specificare i criteri alla luce dei quali il Ministro potrebbe concedere la liberazione anticipata, in quanto la presenza delle circostanze eccezionali e i c.d. *compassionate grounds* andranno valutati in base alle circostanze del caso concreto. E, in ogni caso, la decisione del ministro sarebbe soggetta a *judicial review*, quindi munita della garanzia di un controllo giudiziale.

¹³³ In *Vinter* la Corte si era infatti limitata a indicare come auspicabile modello lo Statuto della Corte penale internazionale, che prevede che la sussistenza dell'attualità dei requisiti per la pena dell'ergastolo venga verificata dopo 25 anni.

Nonostante dunque il sistema inglese non sia sostanzialmente in nulla mutato rispetto a *Vinter*, la Corte di Strasburgo ribalta la sua decisione, che potrebbe forse comprendersi alla luce di considerazioni di carattere più politico che giuridico¹³⁴. È evidente che con *Hutchinson* la Corte va in controtendenza rispetto alla sua precedente giurisprudenza: nell'attuale sistema inglese il destino del detenuto dipende dal verificarsi di eventi concreti, in una prospettiva *de facto* e non *de jure*, senza alcuna valutazione inerente all'attualità degli scopi della pena¹³⁵.

Va tuttavia notato che:

«the Convention is not a commitment à la carte and the European system of protection human rights would collapse if it started to be understood that way¹³⁶».

Nota stonata nell'armonia giurisprudenziale della Corte, il caso *Hutchinson* non induce tuttavia a disperare, parzialmente giustificandosi alla luce dei rapporti complessi tra Regno Unito e Consiglio d'Europa.

D'altronde, risale allo stesso anno la pronuncia *Matiošaitis e altri v. Lituania* (23 agosto 2017), che condanna la Lituania per violazione dell'art. 3 in ragione della previsione di un ergastolo senza condizionale¹³⁷. L'unica possibilità consentita agli ergastolani per ottenere una verifica sull'attualità degli scopi della pena è l'invocazione della grazia, che può essere concessa dal Capo dello Stato dopo dieci anni di detenzione: a seguito del filtro della *Pardon Commission*, il Presidente della Repubblica decide con un decreto che può essere privo di motivazione. V'è inoltre la possibilità di reiterare la domanda di grazia dopo sei mesi dall'eventuale rifiuto.

¹³⁴ Pungenti a questo proposito le parole del giudice Paulo Pinto de Albuquerque rispetto all'atteggiamento della Corte nella sua *dissenting opinion*: «If the Court goes down this road, it will end up as a non-judicial commission of highly qualified and politically legitimised 47 experts, which does not deliver binding judgements, at least with regard to certain Contracting Parties, but pronounces mere recommendations on «what it would be desirable» for domestic authorities to do, acting in a mere auxiliary capacity, in order to «aim» them fulfilling their statutory and international obligations», § 38. Cfr. anche P.P. DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment and the European right to hope*, cit., pp. 7-8.

¹³⁵ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in DOLCINI E.-FASSONE E.-GALLIANI D.-PINTO DE ALBUQUERQUE P.-PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza*, cit., p. 136.

¹³⁶ P.P. DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment and the European right to hope*, cit., p. 8.

¹³⁷ A questo proposito è critico il giudice De Albuquerque, come emerge dalla sua *partially dissenting opinion* in *Petukhov v. Ucraina n. 2* (12 marzo 2019): è come se la Corte utilizzasse due pesi e due misure a seconda dell'ordinamento di volta in volta considerato.

La Corte condanna la Lituania, richiamando la sua precedente giurisprudenza sul diritto alla speranza e sottolineando che la decisione sull'evoluzione comportamentale del detenuto deve essere motivata adeguatamente per evitare qualsiasi apparenza di arbitrarietà: se infatti il decreto di rigetto della domanda di grazia non viene motivato, il detenuto non sa come orientare il suo comportamento¹³⁸.

Ulteriori conferme sulla posizione assunta dalla Corte a partire da *Vinter* in materia di pena perpetua non riducibile sono rinvenibili nella sentenza *Petukhov v. Ucraina n. 2* (12 marzo 2019). Il sistema ucraino prevede la possibilità di ricorrere all'istituto della clemenza presidenziale e la valutazione del Presidente ai fini di una mitigazione della pena perpetua è fondata su una serie di parametri, quali la gravità del fatto commesso, la durata della pena espiata, le condotte riparative eventualmente poste in essere, la condotta del reo all'interno del carcere. Tuttavia, se i crimini commessi sono connotati da una particolare efferatezza, la clemenza può essere concessa solo in casi eccezionali o in presenza di circostanze straordinarie. L'incertezza collegata a tali previsioni e la conseguente impossibilità per il condannato di sapere a quali condizioni possa in concreto chiedere un riesame della sua pena induce la Corte a ritenere violato l'art. 3, ancora una volta¹³⁹.

8.1 La compatibilità convenzionale dell'ergastolo ostativo: il caso *Viola v. Italia*

¹³⁸ Anche questa pronuncia non è tuttavia immune da criticità. L'atto di grazia, in quanto atto essenzialmente politico, non è sindacabile di fronte ad alcun giudice. Così il controllo del giudice si trasforma «da imprescindibile complemento garantistico della procedura che esita in una decisione motivata dell'autorità pubblica, a mera garanzia alternativa all'obbligo di motivazione», F. FIORENTIN, *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione Europea*, in *Cass. pen.*, 8/2019, p. 3064 L'aporia – messa in luce dal giudice De Albuquerque nella sua *partially dissenting opinion* sul caso *Petukhov v. Ucraina n. 2* (12 marzo 2019) – è evidente: l'obbligo di motivazione dovrebbe essere funzionale a garantire la possibilità di impugnare la decisione di fronte ad un'autorità dipendente; nel caso lituano il detenuto non è tutelato contro eventuali arbitri dell'autorità pubblica.

¹³⁹ La Corte ritiene inoltre che lo Stato dovrebbe riconoscere al detenuto idonee garanzie in caso di rigetto della domanda di clemenza: alternativamente la motivazione del provvedimento o la possibilità di accedere a un giudice. L'alternatività così tracciata – che segna una notevole distanza dallo standard previsto in *Murray v. Olanda* e che si pone sulla stessa linea di *Matiošaitis e altri v. Lituania* – è oggetto di critica da parte del giudice parzialmente dissenziente De Albuquerque.

Tracciato il quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di pena perpetua non riducibile, veniamo adesso alla situazione italiana, non certo immune da criticità, in particolare per ciò che attiene al peculiare istituto dell'ergastolo ostativo.

La questione italiana approda per la prima volta a Strasburgo il 12 dicembre 2016 attraverso la presentazione di un ricorso da parte dell'ergastolano ostativo Marcello Viola, al quale i giudici domestici avevano negato, in virtù delle vigenti disposizioni normative, la possibilità di accedere a qualsiasi beneficio penitenziario a causa della sua mancata collaborazione con la giustizia.

È il 30 maggio 2017 quando la I sezione della Corte comunica il caso al Governo italiano ai fini della risoluzione di una serie di quesiti relativi alla riducibilità *de jure* e *de facto* dell'ergastolo ostativo, alla possibilità di un riesame offerta al detenuto dopo un periodo di detenzione, alla legittimità del criterio che riconduce la mancata collaborazione con la giustizia alla persistente pericolosità sociale, alle prospettive di risocializzazione concretamente offerte all'ergastolano¹⁴⁰.

Precisando che la normativa vigente si colloca nell'alveo della lotta contro la criminalità organizzata di stampo mafioso, il Governo italiano fa leva sul meccanismo della collaborazione con la giustizia per mettere in luce la presenza nell'ordinamento di vie d'accesso all'esterno e sottolinea la presenza dei due ulteriori strumenti della grazia presidenziale e del differimento della pena per ragioni di salute.

La Corte è dunque indotta a interrogarsi per comprendere «se l'equilibrio tra le finalità di politica criminale e la funzione di risocializzazione della pena non finisca, nella sua applicazione pratica, per limitare eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di chiedere il riesame della sua pena» (§ 110), giungendo infine a ritenere (§ 130) che «la lotta contro tale flagello [la criminalità organizzata di stampo mafioso] non dovrebbe giustificare deroghe alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, che proibiscono in termini assoluti le pene inumane e

¹⁴⁰ Cfr. D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., pp. 24-28.

degradanti. Pertanto dalla visuale dell'art. 3, la natura dei reati per cui è stato condannato il ricorrente non è rilevante per l'esame del presente caso¹⁴¹».

Assumendo come fulcro della sua decisione finale (13 giugno 2019) la dignità umana e richiamando anche la giurisprudenza costituzionale in materia, la Corte si pone diversi interrogativi, attinenti al possibile uso strumentale della scelta di collaborare e all'opportunità della scelta di ritenere equivalenti la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato. Così il giudice di Strasburgo conclude che «considerando la collaborazione con le autorità come la sola dimostrazione possibile della “dissociazione” del condannato e del suo cambiamento, non si è tenuto conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti non è escluso che la “dissociazione” con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia» (§ 121).

Se la personalità del condannato non resta per sempre ancorata alla commissione del fatto di reato, ma è suscettibile di una costante evoluzione, non è in alcun modo giustificabile, agli occhi della Corte, la configurazione di una presunzione assoluta di pericolosità che impedisca al detenuto ogni tentativo di riscatto e che limiti la discrezionalità del giudice sino al punto di ridurla a una mera constatazione della presenza o dell'assenza di collaborazione.

Configurando l'ergastolo ostativo come pena *de facto* irriducibile e perciò determinante un trattamento inumano, la Corte condanna l'Italia per violazione dell'art. 3 e invita il legislatore a riformare il regime vigente, allo scopo di eliminare l'attuale automatismo e di riconoscere in ultimo al condannato un diritto alla speranza.

A seguito del rigetto¹⁴² della richiesta del Governo italiano di devolvere il caso - deciso dalla Sezione Prima della Corte - alla *Grande Chambre*, ai sensi dell'art. 43 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la sentenza *Viola v. Italia* ha assunto valore definitivo, segnando un vero e

¹⁴¹ Scrive significativamente il prof. Pugiotto, commentando questa frase della sentenza: «Ritorna alla mente Leonardo Sciascia, e la sua irriducibile convinzione secondo cui il fenomeno mafioso si vince con lo Stato di diritto, non con la «terribilità» del diritto. Agli occhi della Corte Europea dei Diritti Umani, il diritto penale d'autore - sempre a rischio di scivolare nella voragine del diritto penale del nemico - è un abbaglio, e l'abbaglio rende ciechi al diritto e ai diritti», GALLIANI D.-PUGIOTTO A., *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (a proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2019, p. 203.

¹⁴² Il comunicato della Corte risale all'8 ottobre 2019 ed è disponibile sul sito ufficiale.

proprio momento di cesura per l'ordinamento giuridico italiano in materia di pena perpetua non riducibile.

CAPITOLO 3 – LINEE DI SVILUPPO DELLA LEGISLAZIONE IN MATERIA PENITENZIARIA

SOMMARIO: 1. Una proteiforme estensione: l'art. 4-bis o.p. come strumento di «governo dell'insicurezza sociale» – 1.1 L'attuale configurazione normativa dell'art. 4-bis o.p. – 2. L'estensione del regime ostativo ai *white collars*: profili di illegittimità costituzionale della legge 9 gennaio 2019, n. 3 – 2.1 Questioni attinenti al regime intertemporale – 2.2 Il profilo della ragionevolezza – 3. La legge “spazzacorrotti” al vaglio della Consulta: la sentenza n. 32 del 2020 – 3.1 Segue: la questione della ragionevolezza nell'ordinanza 11 marzo 2020, n. 49 – 3.2 Osservazioni

1. Una proteiforme estensione: l'art. 4-bis o.p. come strumento di «governo dell'insicurezza sociale»

Se da più parti si auspica un intervento del legislatore in materia di regime ostativo¹⁴³, un sano realismo induce tuttavia – considerata l'attuale realtà politica del nostro Paese, dominata da spinte securitarie e istanze giustizialiste¹⁴⁴ – a lasciare confinata nel mondo onirico l'idea di una riforma legislativa in linea con la giurisprudenza costituzionale e convenzionale, quantunque oggi «un'inerzia da parte del legislatore costituirebbe una gravissima omissione¹⁴⁵».

Il *Contratto del Governo del cambiamento*, che ha inaugurato la XVIII Legislatura, fornisce un banco di prova rispetto a quanto appena affermato: segnando una «radicale svolta nella politica generale e nella politica criminale¹⁴⁶» e dando una rappresentazione del carcere come «cimitero dei vivi¹⁴⁷», esso traduce in modo tendenzialmente “elegante” una grande varietà di slogan propagandistici¹⁴⁸, richiamando alla memoria i moti della

¹⁴³ I moniti più recenti provengono dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nella sentenza *Viola v. Italia*, invita espressamente il legislatore a riformare la disciplina dell'ergastolo ostativo in modo tale da renderlo conforme alla Convenzione, e dalla Corte costituzionale (da ultimo nelle sentenze 4 dicembre 2019, n. 253 e 12 marzo 2010, n. 52).

¹⁴⁴ Cfr. sul punto E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *RIDPP*, 2/2019, pp. 934-935; ID., *Il sistema sanzionatorio penale*, cit. pp. 508 ss.

¹⁴⁵ D. MAURI, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia*, in *SIDIBlog*, 20 giugno 2019.

¹⁴⁶ E. DOLCINI, *Il sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 508.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Non è raro oggi sentire o leggere espressioni quali “*marcire in galera*” o “*in galera e buttiamo la chiave*”.

Restaurazione, in particolare per ciò che attiene alle tematiche penitenziarie¹⁴⁹. Rispetto al superamento del monopolio del carcere si continua ad andare in direzione ostinata e contraria: la sanzione detentiva intramuraria domina indiscussa la scena dell'esecuzione penale, lasciando nell'ombra ogni forma di progressività trattamentale e di flessibilità della pena.

La lenta e inesorabile involuzione dell'art. 4-bis o.p. ci consegna un quadro sintomatico dell'ormai inveterata tendenza del legislatore al furore punitivo, proporzionato alle - reali o supposte - emergenze criminali del momento. A causa degli interventi legislativi che nel tempo si sono stratificati, si può indubitabilmente affermare che l'art. 4-bis

«a prima vista, sul terreno meramente formale, anche a prescindere dai contenuti, mi è sembrata una norma incivile. Incivile perché temi delicatissimi, quali la disciplina dell'accesso alla liberazione condizionale e agli altri benefici penitenziari, fondamentali per la tutela dei diritti del detenuto, in particolare dell'ergastolano, sono distribuiti in quattro fittissime colonne a stampa, frutto di incessanti e infinite modifiche che si sono sviluppate per quasi un ventennio, documentate dai nove commi dell'articolo, a loro volta accompagnati da undici note, che occupano una colonna a stampa a caratteri microscopici. Il che rappresenta di per sé una violazione dei principi della chiarezza, accessibilità, conoscibilità, prevedibilità e certezza delle norme penali¹⁵⁰».

Norma incivile, dunque, sul piano formale. E neanche la disciplina sostanziale in essa contenuta consente di addolcire il giudizio: l'irragionevole equiparazione, quanto al trattamento penitenziario, di un un coacervo di reati estremamente eterogenei desta invero non poche perplessità. Operando in questo modo, il nostro legislatore ha progressivamente reso l'art. 4-bis uno strumento di «governo dell'insicurezza sociale¹⁵¹», utilizzato per anestetizzare l'opinione pubblica a fronte di fatti eclatanti.

A ben vedere, gli interventi di carattere eccezionale si giustificerebbero - sarebbero, anzi, doverosi - in presenza di situazioni di estrema pericolosità pubblica, vagliate non in funzione delle ondivaghe percezioni dei pericoli pubblici da parte della

¹⁴⁹ Come osserva M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo*, cit.

¹⁵⁰ G.N. MODONA, *Profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in RIDPP, 4/2017, p. 1509.

¹⁵¹ L'espressione è tratta da G. GIOSTRA, *Questione carceraria,insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione giustizia*, 27 giugno 2014.

coscienza sociale, ma alla luce di un metro di giudizio razionale. L'intrinseca natura di una misura emergenziale dovrebbe peraltro impedirle di protrarsi indefinitamente nel tempo.

Al fine di contrastare le "emergenze criminali" che si sono susseguite nel corso dell'ultimo trentennio, il legislatore ha invece deciso di puntare sul versante penitenziario, adoperando in maniera sistematica lo strumento – in origine emergenziale – dell'art. 4-*bis* o.p. Il regime ostativo disegnato dalla disposizione in questione è stato infatti progressivamente esteso a una pluralità di fattispecie di reato, in alcun modo riferibili alla criminalità organizzata di stampo eversivo o mafioso.

Dotato di una non indifferente carica simbolica, l'art. 4-*bis* è stato dunque oggetto di continue strumentalizzazioni: l'introduzione di presunzioni assolute di pericolosità e di percorsi esecutivi di maggior rigore è certamente servita a placare le sirene dell'allarme sociale. Così l'emergenza ha lentamente subito un processo di normalizzazione – si consenta l'ossimoro – e si è finito per attribuire uno scopo generalpreventivo alle misure di carattere eccezionale originariamente adottate nell'ambito della lotta contro la criminalità organizzata.

Si sono forse in tal modo raggiunti i limiti imposti dal sistema costituzionale democratico e dallo stato di diritto. E quando, in casi come questo, ci si interroga sull'eterno problema di ciò che sta dietro al diritto positivo, si può forse realisticamente rispondere con le parole di Hans Kelsen:

«Chi cerca ancora una risposta troverà – temo – non la verità assoluta di una metafisica né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgone del potere¹⁵²».

1.1 L'attuale configurazione normativa dell'art. 4-*bis*, o.p.

¹⁵² H. KELSEN, *Diskussionsrede zu den Berichten "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung"*, Berlin-Leipzig, 1927, p. 55, in N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Torino, 2014, p. XXVII.

Nella sua attuale formulazione l'art. 4-bis configura un complesso «sistema multilivello¹⁵³», articolato in due distinte fasce di reati.

Alle fattispecie di reato inserite nel primo comma – i c.d. reati ostativi di prima fascia – il legislatore collega una presunzione assoluta di pericolosità: in breve, perché i condannati per tali reati possano accedere ai benefici penitenziari¹⁵⁴, occorre che essi collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter o.p.¹⁵⁵. Trattasi dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; dei delitti di associazione di tipo mafioso e di scambio elettorale politico-mafioso, nonché delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. o al fine di agevolare le associazioni di stampo mafioso.

Se l'inserimento nella norma dei reati sin qui elencati risale alla sua formulazione originaria, è il prosieguo del catalogo a suscitare qualche perplessità: a taluni delitti contro la personalità individuale – riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi – vengono affiancati i reati di violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope.

La l. 9 gennaio 2019, n. 3 ha infine provveduto a inserire nel novero dei delitti assolutamente ostativi una serie di reati contro la pubblicazione amministrazione e, in particolare, i delitti di peculato, di concussione, di corruzione per l'esercizio della

¹⁵³ F. FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis l. n. 354 del 1975*, in *Giur. Merito*, 2012, p. 504.

¹⁵⁴ Le misure alternative e i benefici penitenziari interessati sono: l'assegnazione al lavoro all'esterno (art. 21 o.p.), i permessi premio (art. 30-ter o.p.), l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.), la detenzione domiciliare nelle sue varianti (art.47-ter o.p.) e la semilibertà. È inclusa anche la liberazione condizionale, secondo quanto disposto dall'art. 2, c. 1 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152. Restano così esclusi la liberazione anticipata (art. 54 o.p.), i permessi di necessità (art. 30 o.p.), il rinvio dell'esecuzione della pena (artt. 146-147 c.p.), l'affidamento in prova terapeutico (art. 94, d. P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) e infine le misure alternative alla detenzione applicabili nei confronti di soggetti affetti da AIDS (art. 47-*quater*, c. 9 o.p.).

¹⁵⁵ La sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019 ha determinato, seppur limitatamente alla verifica dei presupposti per la concessione del permesso premio, il superamento della presunzione assoluta di pericolosità per i condannati per i delitti di cui al c. 1 dell'art. 4-bis. Tale presunzione è dunque adesso suscettibile di prova contraria, anche se sulla base di rigidi parametri probatori.

funzione, di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, di corruzione in atti giudiziari, di induzione indebita a dare o promettere utilità, di corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, di istigazione alla corruzione.

A seguito delle suesposte pronunce della Corte costituzionale in materia di collaborazione, trasposte nel c. 1-*bis* dell'art. 4-*bis* dalla legge n. 279 del 2009, il legislatore ha introdotto un «ammortizzatore penitenziario¹⁵⁶». Il c. 1-*bis* disciplina infatti le ipotesi di collaborazione inesigibile in ragione di una limitata partecipazione al fatto criminoso, o impossibile per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità nella sentenza irrevocabile di condanna. In presenza in queste condizioni il divieto assoluto di concessione di benefici penitenziari è destinato a cadere, purché «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». Ai casi di collaborazione inesigibile o impossibile è inoltre equiparata l'ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante, ma limitatamente all'ipotesi in cui siano state applicate le circostanze attenuanti previste dagli artt. 62 n. 6, 114, 116, c. 2, c.p.

Per i condannati per i c.d. delitti di seconda fascia, indicati nel c. 1-*ter* dell'art. 4-*bis*¹⁵⁷, la concessione dei benefici penitenziari è invece subordinata all'accertamento dell'assenza di «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

L'assenza di un aprioristico divieto di accesso ai benefici penitenziari non consente di dubitare della legittimità costituzionale della disciplina. Peraltro, «le ragioni di difesa sociale sarebbero [...] salvaguardate dall'aggravio probatorio, che introduce, sì, un elemento di valutazione estraneo al percorso trattamentale (l'assenza dei legami con la criminalità organizzata), ma secondo un meccanismo maggiormente conforme a

¹⁵⁶ C. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, cit., p. 9.

¹⁵⁷ Sono ivi ricompresi alcuni delitti a sfondo sessuale, commessi anche in danno di minorenni, l'associazione a delinquere allo scopo di commettere delitti di contraffazione di marchi o segni distintivi, alcuni delitti contro la personalità individuale. Viene peraltro riproposto il reato di violenza sessuale di gruppo, già contemplato nel c. 1. Sugli interrogativi che ne derivano cfr. C. FIORIO, *Il doppio binario penitenziario*, cit., pp. 8 e 20. Concludono questo secondo catalogo il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e quello di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, anche nelle loro forme aggravate.

Costituzione, perché richiede una prova positiva, il cui onere grava sulla pubblica accusa e non sulla parte¹⁵⁸».

Qualche elemento di perplessità potrebbe sorgere in relazione al fatto che la concessione del beneficio è comunque subordinata al superamento di una presunzione di pericolosità – che giustifica peraltro uno spostamento in avanti del momento di accesso alle misure e, in definitiva, un *quantum* di afflittività maggiore –, assumendo come punto di partenza non l'effettivo percorso di reinserimento sociale del reo, bensì scopi general-preventivi o di difesa sociale¹⁵⁹.

Ai condannati per delitti di violenza sessuale, anche commessi in danno di minorenni, è inoltre richiesto un *quid pluris* rispetto alla mera collaborazione ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative (art. 4-bis, c. 1-*quater*). Per queste ipotesi il legislatore ha ritenuto necessaria l'introduzione di un procedimento *ad hoc* finalizzato a un'osservazione scientifica della personalità, condotta collegialmente per almeno un anno da un *pool* che includa anche soggetti esperti: i risultati dell'osservazione verranno successivamente presi in considerazione dal giudice ai fini della valutazione dei presupposti per la concessione dei benefici e delle misure indicati nel c. 1 della disposizione.

Gli ultimi commi dell'art. 4-bis contengono infine una descrizione delle specifiche procedure da seguire e degli organi da coinvolgere – il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza competente in relazione al luogo di detenzione del condannato, il direttore dell'istituto in cui il condannato è detenuto, il questore, il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, il Procuratore distrettuale – ai fini della concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative in relazione alle varie categorie di reati¹⁶⁰.

2. *L'estensione del regime ostativo ai white collars: profili di illegittimità costituzionale della legge 9 gennaio 2019, n. 3*

¹⁵⁸ L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *costituzionalismo.it*, fasc. 2/2015, p. 17.

¹⁵⁹ Cfr. *ibidem*.

¹⁶⁰ Cfr. sul punto C. FIORIO, *Il doppio binario penitenziario*, cit., pp. 17 ss.

Con le modifiche apportate all'art. 4-bis o.p. dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 - recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici", ma propagandata come legge "spazzacorrotti" - «si consuma il definitivo allineamento normativo della criminalità "white collar" alla criminalità "nera", ossia della criminalità politico-economica al crimine organizzato, trascurando le profonde diversità che connotano le due fenomenologie criminose, e la distanza tra "paradigmi" per molti aspetti eterogenei e irriducibili *ad unum*¹⁶¹».

L'intervento normativo in questione - dai marcati accenti populistici, come già l'evocativa denominazione assegnatagli appalesa - pretende di far fronte a uno *stato di emergenza corruttiva*¹⁶², che ha spinto il legislatore a introdurre alcuni delitti contro la pubblica amministrazione «nelle fornaci del diritto penale del nemico¹⁶³», vale a dire nel «tragico elenco¹⁶⁴» dei delitti ostativi di cui all'art. 4-bis o.p.

La conseguente - e non del tutto inattesa, per non dire inevitabile - «pioggia di strali¹⁶⁵» di cui la n. 3 del 2019 è stata bersaglio ha finito per consegnarla nelle mani della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sui suoi diversi profili di incostituzionalità: al di là dell'irragionevolezza insita nell'equiparazione di fattispecie criminose irriducibilmente diverse, la mancata previsione di un regime intertemporale - da applicare ai condannati in data antecedente rispetto all'entrata in vigore della legge - ha

¹⁶¹ V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, cit., p. 107. Cfr. sull'argomento V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.*, cit., pp. 105 ss.; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2019; L. BARON, 'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale. Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, pp. 153 ss.; V. MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge "spazza-corrotti")*, in *Archivio penale Online*, 2/2019, pp. 1 ss.; L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella c.d. legge Spazzacorrotti*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019; E. AMATI, *Legge 'Spazzacorrotti' e disciplina intertemporale. Interpretazioni "formalistiche" e "sostanzialistiche" a confronto in attesa della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 10/2019, pp. 3486 ss.; T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen online*, 3/2018, p. 9.

¹⁶² Pur essendo effettivamente l'Italia in testa alla classifica mondiale della corruzione, pare interessante segnalare l'esistenza di una teoria, nota come paradosso di Trocadero, che può così compendiarsi: «più si perseguono i fenomeni corruttivi sul piano della prevenzione e le fattispecie di reato sul piano della repressione, maggiore è la percezione del fenomeno», G. TARTAGLIA POLCINI, *Il paradosso di Trocadero*, 22 ottobre 2017, disponibile al sito <http://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/il-paradosso-di-trocadero/>.

¹⁶³ T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 9.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ L. BARON, 'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale, cit., p. 154.

determinato una violazione del principio di non retroattività della legge penale e dei suoi corollari, quali il principio rieducativo, inevitabilmente frustrato dall'immediata interruzione di un percorso di reinserimento già avviato, e il diritto di difesa, avendo la modifica normativa trasformato il quadro penologico in un senso non più confacente alla strategia difensiva originariamente adottata.

2.1 Questioni attinenti al regime intertemporale

Una evidente frustrazione dei principi del garantismo penale si è prodotta sul terreno della retroattività. Non avendo nulla disposto in merito alla sua applicazione ai soggetti già condannati per i reati inseriti nel catalogo di cui al 4-bis, la legge n. 3 del 2019 ha finito per infliggere loro una modifica *in pejus* del trattamento penitenziario, traducendosi in un «forzoso assaggio di pena¹⁶⁶».

La questione si è posta in questi termini: la garanzia di irretroattività sancita dall'art. 25, c. 2, Cost. è destinata a coprire anche i «sobborghi rimossi dell'esecuzione penale¹⁶⁷» o questa fase del procedimento penale dovrebbe piuttosto essere governata dal principio *tempus regit actum*?

A partire dalla sentenza delle Sezioni Unite 30 maggio 2006, n. 24561, la giurisprudenza di legittimità era su questo punto arroccata su un paradigma formalistico¹⁶⁸, che configurava l'esecuzione penale come materia estranea al diritto penale sostanziale – in quanto non riguardante né l'accertamento del reato, né l'irrogazione della pena –, pertanto esclusa dalla garanzia di irretroattività di cui all'art. 25, c. 2, Cost. In virtù di tale *acquis interprétatif* eventuali modifiche normative che avessero reso la pena in concreto più severa, sarebbero state applicabili a tutti i rapporti esecutivi non ancora esauriti.

¹⁶⁶ V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.*, cit., p. 109.

¹⁶⁷ V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.*, cit., p. 107.

¹⁶⁸ Autentico «bizantinismo classificatorio», come lo ha definito G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicati di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont.*, 8 settembre 2014.

L'adozione di questo orientamento consolidato avrebbe determinato l'applicazione della nuova disciplina peggiorativa del trattamento penitenziario anche ai soggetti che avessero commesso dei reati contro la pubblica amministrazione prima dell'entrata in vigore della l. n. 3 del 2019.

L'impostazione formalistica della Corte di cassazione si poneva tuttavia in netta contrapposizione con l'approccio sostanzialistico adottato dalla giurisprudenza convenzionale¹⁶⁹. Per il giudice di Strasburgo, all'estremo opposto, il principio di irretroattività della legge penale andrebbe infatti applicato anche alle disposizioni relative all'esecuzione penale, che rientrerebbero a pieno titolo nella *matière penale* in ragione dell'incidenza afflittiva sul trattamento giuridico-penale del singolo.

Una soluzione convenzionalmente orientata, quindi rispettosa dell'art. 7 CEDU, sarebbe dovuta dunque andare nella direzione esattamente opposta rispetto a quella prospettata dalla giurisprudenza di legittimità.

Il rischio di uno scontro frontale tra visione formalistica e visione sostanzialistica della materia penale è stato ammortizzato dalla «presa di posizione di alcuni giudici che, dapprima in via isolata, ma ben presto confortati da ulteriori decisioni di analogo tenore, nel giro di breve tempo hanno dato vita a quello che appare come un vero e proprio moto interpretativo di rivisitazione critica del tradizionale orientamento formalista, gettando le basi per un possibile *revirement* giurisprudenziale¹⁷⁰».

In relazione alla questione relativa all'ambito temporale di operatività della l. n. 3 del 2019 i giudici di merito hanno adottato diversi approcci risolutivi: una frangia giurisprudenziale ha optato per un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, risolvendo dunque autonomamente le questioni sottoposte al proprio vaglio giurisdizionale tramite un'applicazione diretta del principio di irretroattività; un'altra corrente, prendendo atto del consolidato diritto vivente che colloca la materia dell'esecuzione penale in un ambito squisitamente processuale, ha ritenuto invece necessario un intervento della Corte costituzionale in relazione alla mancata previsione nell'art. 1, c. 6, lett. b), l. 3/2019 di una disciplina transitoria.

¹⁶⁹ Si pensi alla decisione della Grande Camera *Del Rio Prada c. Spagna* (21 dicembre 2013) o ancora al caso *Scoppola c. Italia* (17 settembre 2009).

¹⁷⁰ L. BARON, 'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale, cit., p. 156.

Indipendentemente dal tipo di soluzione prospettata, è interessante notare che i sostenitori dei due diversi approcci sono stati animati dai medesimi intenti; si sono infatti levate all'unisono le voci dei giudici che hanno sostenuto la necessità di estendere le garanzie tipicamente penalistiche a quegli istituti dell'ordinamento penitenziario che concorrono a modellare la risposta punitiva dello Stato di fronte ai fenomeni criminali.

Il fenomeno si spiega agevolmente a partire dalla considerazione che è proprio in virtù del principio fondamentale della *prééminence du droit* che lo Stato non può decidere di "cambiare le carte in tavola", perché finirebbe per trasformare il cittadino in un suddito assoggettato alla volubilità del Leviatano nell'esercizio del suo arbitrio punitivo. Il problema di fondo - e la giurisprudenza di merito, così come la dottrina e l'avvocatura hanno unanimemente sostenuto - non può lasciarsi inquadrare entro concezioni di stampo formalistico, ma deve muovere nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, garantendo gli equilibri propri dello stato di diritto.

2.2 Il profilo della ragionevolezza

Accanto alle questioni attinenti al regime intertemporale, l'art. 1, c. 6, lett. b), l. 3/2019 presenta dei marcati profili di irragionevolezza: estendendo la presunzione assoluta di pericolosità di cui all'art. 4-bis o.p. ai condannati per i delitti contro la pubblica amministrazione, la legge si allontana vistosamente dalla sua *ratio* originaria. Le ragioni di politica criminale che avevano indotto il legislatore del 1992 a configurare un regime penitenziario differenziato per gli autori di alcuni delitti si collegavano infatti agli efferati episodi riconducibili alla criminalità organizzata di stampo mafioso, che in quegli anni avevano raggiunto il culmine, come si è già a più riprese cercato di evidenziare nel corso della trattazione.

L'applicazione dello stesso regime ai c.d. *white collars* induce a dubitare della sua opportunità: nessuna ragione di tutela dell'ordine pubblico o di salvaguardia dei diritti dei cittadini può ragionevolmente essere invocata a fronte della commissione di reati a carattere tendenzialmente monosoggettivo o comunque generalmente privi di nessi con

la criminalità organizzata; né può in alcun modo spiegarsi il collegamento con l'istituto della collaborazione in questo specifico ambito.

Tenendo presente il sostrato criminologico delle fattispecie rientranti nel novero dei delitti contro la pubblica amministrazione, i profili di irragionevolezza si manifestano in tutta la loro evidenza, *a fortiori* se si considera che il ricorso al carcere andrebbe tendenzialmente limitato, per espressa indicazione della Corte, alle ipotesi nelle quali ciò risulti necessario neutralizzare una pericolosità in atto, ivi non rinvenibile.

Peraltro, già a partire dalla sentenza 8 luglio 1993, n. 306, la Corte costituzionale ha espresso le sue perplessità a proposito dell'estensione della presunzione di pericolosità di cui all'art. 4-bis a nuove tipologie d'autore: «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi d'autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita. Inoltre, non può non destare serie perplessità, pur in una strategia di incentivazione della collaborazione, la vanificazione dei programmi e percorsi rieducativi».

Le presunzioni legali di pericolosità, ribadisce oltretutto la Consulta nella sentenza 21 luglio 2010, n. 265, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie o irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*».

Se nel caso di soggetti condannati per delitti afferenti alla criminalità organizzata – in particolare di stampo mafioso – la presunzione di pericolosità trova un riscontro empirico, non può certamente affermarsi lo stesso per gli autori di reati contro la pubblica amministrazione, secondo i dati di comune esperienza. Non può non apparire indebita, oltre che irragionevole, una tale compressione del principio rieducativo nei confronti di soggetti che «non presentano alcuna indicazione specifica che avvalorino la necessità di un forzoso "assaggio di pena" e di una previa osservazione in carcere¹⁷¹».

¹⁷¹ V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.*, cit., p. 109.

E, non potendo sacrificare la funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena – come ancora la Corte costituzionale ci insegna – le istanze generalpreventive dovrebbero essere in questo caso destinate a soccombere.

Anche sul ruolo da attribuire alla collaborazione nello specifico ambito dei reati contro la pubblica amministrazione pare lecito interrogarsi. Tale strumento, introdotto in un peculiare momento storico, nel quale si cercava di incentivare il pentitismo per minare le fondamenta delle organizzazioni criminali, fatica a trovare una collocazione nell'ambito della lotta contro i fenomeni corruttivi, a fronte di reati spesso a carattere monosoggettivo.

Preme peraltro sottolineare che proprio con la l. n. 3 del 2019 il legislatore ha introdotto nell'art. 4-*bis* il riferimento a un'ulteriore ipotesi di collaborazione, prevista dall'art. 323-*bis*, c. 2, c.p. e specificamente riferita ai delitti contro la pubblica amministrazione.

Tale disposizione è stata inserita nel codice penale dalla l. 27 maggio 2015, n. 69, recante "Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio", con la quale il legislatore ha inasprito le pene per i delitti contro la pubblica amministrazione e per quelli riconducibili ad associazioni di stampo mafioso. Adagiandosi sul modello legislazione premiale di emergenza¹⁷², la suddetta circostanza attenuante ad effetto speciale introduce una forma di collaborazione processuale, che si rivolge ai condannati per fattispecie corruttive che abbiano deciso di adoperarsi efficacemente per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per contribuire all'individuazione di eventuali correi, per favorire la raccolta e la conservazione delle prove dei reati o il sequestro delle somme o altre utilità trasferite all'*intraneus*.

Il richiamo alla collaborazione processuale ai sensi dell'art. 323-*bis*, c. 2, c.p. dà tuttavia adito a qualche dubbio: le condotte collaborative evocate dalla norma si rivelano difficilmente compatibili con lo stato detenzione – si pensi all'adoperarsi per evitare conseguenze ulteriori dell'attività delittuosa – ed eventualmente concepibili nella sola

¹⁷² Cfr. C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *Dir. pen cont.*, 26 giugno 2015.

fase di cognizione, quindi durante lo svolgimento del giudizio, e non invece nel corso dell'esecuzione penale

È agevolmente prevedibile insomma che

«nella grande maggioranza dei casi la richiesta di collaborazione sia destinata a ritrarsi, di fronte alla mancanza di elementi idonei a mostrare la possibilità di una collaborazione utile. In tutti i casi di questo genere, la preclusione dei benefici verrebbe a cadere, e il passaggio per le forche caudine del 4-bis (*incarcerazione comunque*) si rivelerebbe ex post una complicazione (possiamo dire *vessazione* del condannato?) priva di qualsiasi utilità. Ciò potrebbe essere evidente fin da subito, alla luce degli accertamenti compiuti nel giudizio di merito. Giusto il contrario di un'evidenza empirica capace di giustificare una prognosi di pericolosità in assenza di collaborazione¹⁷³».

3. La legge "spazzacorrotti" al vaglio della Consulta: la sentenza n. 32 del 2020

La *pioggia di strali* piombata sulla l. n. 3 del 2019 si è tradotta, in un arco di tempo peraltro brevissimo, in un gran numero – quattordici per la precisione – di ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale. Avendo deciso di suddividerne la trattazione, la Consulta giunge dunque a pronunciare la sentenza 26 febbraio 2020, n. 32 e l'ordinanza 11 marzo 2020, n. 49.

La sentenza 26 febbraio 2020, n. 32 affronta precipuamente le questioni di diritto intertemporale, quindi il problema dell'applicazione retroattiva delle modifiche apportate all'art. 4-bis o.p. dall'art. 1, c. 6, lett. b), l. 9 gennaio 2019, n. 3 ai condannati per alcuni reati contro la pubblica amministrazione.

Le censure mosse dai giudici rimettenti attengono a diversi profili. La disposizione in questione violerebbe anzitutto l'art. 25, c. 2, Cost. e l'art. 117, c. 1 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU per contrasto con il principio legalità e non retroattività della pena in ragione delle restrizioni alle possibilità di accesso a benefici penitenziari e misure alternative; anche il diritto di difesa (art. 24, c. 2, Cost.) verrebbe leso, in ragione della vanificazione delle strategie difensive adottate in sede processuale prima dell'entrata in vigore della legge; l'automatismo preclusivo di cui all'art. 4-bis determinerebbe inoltre

¹⁷³ D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., p. 239.

una violazione degli artt. 3 e 27, c. 3 Cost., attesa l'impossibilità per il giudice di operare una valutazione individualizzata delle istanze per l'accesso a misure alternative e benefici penitenziari; infine, la disparità di trattamento tra condannati per gli stessi delitti, conseguente alla presentazione dell'istanza per accedere a misure alternative o a benefici penitenziari in momenti diversi, sarebbe censurabile per la sua irragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost.

Colpisce peraltro, e merita di essere segnalata, vista la peculiarità del caso, la posizione assunta dal Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello stato, il quale, tenendo conto della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale e della giurisprudenza comparata, si schiera apertamente contro l'approccio formalistico e condivide nel merito le osservazioni dei giudici *a quo* e delle parti costituite: se lo stato di diritto è l'orizzonte costituzionale entro il quale occorre muoversi - sottolinea l'avvocato generale dello Stato - non ci possono essere schieramenti di parte e il fronte non può che essere comune.

Prendendo le mosse da una descrizione del regime penitenziario applicabile - a seguito dell'intervento normativo in questione - ai condannati per i delitti contro la pubblica amministrazione, la Corte si sofferma sul problema dell'efficacia temporale delle modifiche intervenute e, in particolare, sull'applicabilità delle dette modifiche ai condannati per fatti commessi in data antecedente rispetto all'entrata in vigore della legge.

L'incompatibilità del diritto vivente con i vigenti principi costituzionali induce la Corte a ritenere le questioni fondate nel merito: «in esito a una complessiva rimediazione della tematica occorre in effetti concludere nel senso che, di regola, le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale. In questa ipotesi, l'applicazione retroattiva di una legge è incompatibile con l'art. 25, secondo comma, Cost.».

La modifica normativa in questione finisce in effetti per modificare la natura della pena e inevitabilmente incide sulla libertà personale, trasformando una sanzione essenzialmente extramuraria in una misura di carattere esclusivamente custodiale: essa

infatti modifica i presupposti per l'accesso alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale e vieta, per di più, la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena.

Dopo aver ripercorso la giurisprudenza costituzionale in materia¹⁷⁴ e aver richiamato la granitica giurisprudenza della Corte di cassazione, la Consulta analizza le ragioni che la inducono a dubitare della compatibilità costituzionale dell'attuale diritto vivente, partendo dalla considerazione che lo stesso legislatore ha talora ritenuto di attribuire efficacia *pro futuro* ad alcune norme incidenti sull'esecuzione della pena (lo ha fatto, ad esempio, con lo stesso d.l. n. 152 del 1991, con cui è stato introdotto l'art. 4-bis nell'ordinamento penitenziario).

Mettendo in luce il diffuso disagio della giurisprudenza di merito nell'affrontare la questione, peraltro da ultimo emergente anche presso i giudici di legittimità, la Corte si sofferma sulla giurisprudenza di Strasburgo e sulla sua definizione di *matière pénale*, dalla quale dipende l'ampiezza del raggio di azione della garanzia di irretroattività.

Sebbene inizialmente anche la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo avesse escluso la materia dell'esecuzione penale dalla garanzia di cui all'art. 7 CEDU, un *revirement* si è registrato a partire dal 2008 (*Kafkaris v. Cipro*) per ricevere una compiuta formulazione con la sentenza *Del Rio Prada v. Spagna* (21 ottobre 2013), nella quale la Corte afferma che la garanzia di irretroattività si estende anche alle modifiche relative all'esecuzione della pena che ridefiniscano o modificano la portata della pena imposta dal giudice. Conclusioni peraltro confermate dalle scelte compiute, in prospettiva comparativistica, dagli Stati Uniti in materia in *ex post facto laws*, dalla Francia e dalla Germania.

Alla luce di quanto sopra la Corte decide di procedere «a una complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena».

La *ratio* della garanzia di irretroattività risiede non solo – afferma la Corte – nella possibilità di prevedere le conseguenze dell'agire criminale e successivamente di

¹⁷⁴ Vengono citate in particolare le sentenze n. 306 del 1993, n. 504 del 1995, n. 445 del 1997, n. 137 del 1999, n. 273 e n. 280 del 2001, n. 108 del 2004 n. 79 del 2007, n. 257 del 2006, che tracciano un quadro con diverse sfumature della giurisprudenza costituzionale relativa all'applicabilità del principio di irretroattività della legge penale anche all'ambito dell'esecuzione penale.

impostare una strategia difensiva tenendo conto dei concreti scenari sanzionatori, ma anche nella tutela da eventuali abusi del legislatore, operando come un limite all'esercizio del suo potere al fine ultimo di garantire lo stato di diritto. Esso infatti «evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una "legge" pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare».

Se la regola in virtù della quale le pene devono essere eseguite in base alla disciplina in vigore al momento dell'esecuzione può trovare giustificazione in ragione dell'evolversi del contesto fattuale e normativo, del bilanciamento tra gli interessi in gioco, della prevenzione del rischio della creazione di una pluralità di regimi detentivi paralleli con le conseguenti difficoltà di gestione e disparità di trattamento, un'eccezione a questa regola si giustifica nel caso in cui si applica una pena «che è sostanzialmente *aliud* rispetto a quella stabilita al momento del fatto», poiché, lungi dall'incidere sulle sole modalità esecutive della pena, ne determina una radicale trasformazione.

Ed è esattamente ciò che accade nel caso in cui, a seguito di una modifica normativa, una pena suscettibile di essere scontata all'esterno delle mura del carcere si trasformi in una pena di carattere intramurario. Infatti «tra il "fuori" e il "dentro" la differenza è radicale: qualitativa prima ancora che quantitativa».

L'esclusione dall'accesso alle misure dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare, della semilibertà e della liberazione condizionale (misure alternative alla detenzione) e il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656, c. 9, c.p.p. determinano un radicale mutamento della pena rispetto al momento nel quale il fatto di reato è stato commesso.

Le Corti si premura peraltro di sottolineare la differenza tra le suddette misure e i benefici penitenziari, quali il lavoro all'esterno o il permesso premio, che non vanno a incidere sulla natura della pena inflitta: essa resta in questi casi connotata da una logica intramuraria. Quanto al permesso premio, la Corte precisa tuttavia che il disconoscimento del percorso rieducativo compiuto dal condannato che abbia raggiunto un grado di rieducazione compatibile con la concessione del beneficio contrasterebbe con gli artt. 3 e 27, c. 3, Cost., quindi, segnatamente, con il principio del finalismo rieducativo.

Pronunciando una sentenza interpretativa di accoglimento, la Consulta dichiara così costituzionalmente illegittima l'applicazione retroattiva dell'art. 1, c. 6, lett. b), l. 9 gennaio 2019, n. 3 e, in definitiva, accoglie le censure di incostituzionalità relative all'estensione del regime penitenziario differenziato ai soggetti condannati per delitti contro la pubblica amministrazione prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

3.1 Segue: la questione della ragionevolezza nell'ordinanza 11 marzo 2020, n. 49

La Corte costituzionale decide di trattare separatamente i profili inerenti alla ragionevolezza della disciplina introdotta con la l. n. 3 del 2019 e si pronuncia su di essi con l'ordinanza 11 marzo 2020, n. 49.

Prendendo atto del fatto che i delitti in questione nell'ambito dei giudizi *a quo* sono stati commessi in data antecedente rispetto all'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3 e ritenendo dunque necessaria, a fronte del sopravvenire della sentenza n. 32 del 2020, una rivalutazione in ordine alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, la Corte non si pronuncia nel merito e restituisce gli atti ai giudici rimettenti, perché tengano conto del mutato contesto normativo. Per costante giurisprudenza costituzionale tale rivalutazione è pregiudiziale rispetto all'esame dei vizi di legittimità costituzionale dedotti.

Tale decisione della Consulta non ci esime tuttavia dal prendere in considerazione le ragioni di incostituzionalità sollevate, dato che la questione della ragionevolezza costituisce «un banco di prova per la tenuta costituzionale della strategia politico-criminale adottata con la Legge Spazzacorrotti¹⁷⁵», ruotante attorno all'assimilazione del trattamento penitenziario originariamente previsto per i condannati per reati ascrivibili al mondo della criminalità organizzata e del trattamento destinato ai condannati per delitti contro la pubblica amministrazione. Nulla esclude infatti che in futuro vengano sollevate nuove questioni di costituzionalità in relazione ai reati commessi posteriormente all'entrata in vigore della l. n. 3 del 2019.

¹⁷⁵ B. FRAGASSO, *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a. In attesa della Consulta (ud. 26 febbraio 2020)*, in *Sistema penale*, 24 febbraio 2020.

Le censure muovono da una ricostruzione della *ratio* originariamente sottesa all'introduzione di un regime penitenziario differenziato da parte del legislatore: la presunzione legale che sta alla base dell'art. 4-bis o.p. configura un meccanismo che fa risalire dal fatto noto della commissione di un determinato delitto al fatto ignoto della pericolosità sociale del suo autore, derivante dalla pervasività dei legami criminosi sottostanti. A fondare la ragionevolezza della disposizione è esattamente la correlazione tra fattispecie incriminatrice e comprovata pericolosità sociale.

Secondo la giurisprudenza costituzionale infatti (sent. 139 del 2010) le presunzioni assolute «violano il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*: evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa».

Esiste dunque una solida base logico-empirica che possa giustificare l'estensione della presunzione di pericolosità ai condannati per i delitti contro la pubblica amministrazione¹⁷⁶?

Non può affermarsi che le condotte criminose in questione evocino, secondo il canone dell'*id quod plerumque accidit*, un elevato tasso di pericolosità, essendo difficilmente inquadrabili in contesti di criminalità organizzata o di omertà diffusa. La presunzione di pericolosità non sarebbe infatti suffragata da nessuna evidenza empirica, né da dati di esperienza generalizzati che possano giustificare la scelta di ridurre drasticamente i margini di scelta del magistrato di sorveglianza in merito alla valutazione della presenza dei presupposti per accedere a misure alternative e benefici penitenziari.

Alla violazione dell'art. 3 Cost. si accompagnerebbe peraltro un'evidente lesione del principio rieducativo della pena: esso imporrebbe infatti l'apprezzamento concreto delle caratteristiche del reato commesso e della personalità dell'autore, al fine di consentire eventualmente un accesso diretto alle misure alternative senza passare per un *forzoso assaggio di pena*. L'annichilimento della discrezionalità dell'autorità giudiziaria in questo ambito determina un considerevole pregiudizio ai principi di individualizzazione e di proporzionalità della pena, in palese contrasto con la «non sacrificabilità della

¹⁷⁶ Nelle ordinanze di remissione vengono in considerazione, in particolare, i reati di peculato (art. 314 c.p.) e di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* c.p.).

funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena» (sent. 148 del 2018).

Il coacervo di reati inseriti nel catalogo di cui all'art. 4-bis - osservano le parti costituite nel giudizio davanti alla Corte costituzionale - è ormai del tutto «amorfo e aspecifico rispetto alle preclusioni che dallo stesso discendono, in modo del tutto irragionevole e irragionevolmente compressivo dei diritti costituzionali sacrificati» e ha il solo scopo di perseguire una «funzione eminentemente placativa del supposto acuirsi del sentimento di riprovazione sociale verso determinate forme di criminalità, avvertite dalla generalità dei cittadini come particolarmente odiose, e all'intento di dare risposta a pulsioni emotive da soddisfare con una "certezza della pena" intesa come "certezza del carcere", e con una pena custodiale quanto più riottosa a percorsi extramurari di risocializzazione».

3.2 Osservazioni

A fronte della decisione della Consulta di trattare separatamente le questioni relative al regime intertemporale e i profili di irragionevolezza della disciplina, ci si può domandare per quali ragioni essa non abbia deciso di dare la precedenza a questi ultimi, dotati di una maggiore *vis expansiva*.

Nonostante, infatti, il *vulnus* di costituzionalità concernente l'efficacia temporale della disposizione censurata fosse di più immediata evidenza, anche i profili di irragionevolezza avrebbero forse potuto meritare un vaglio critico alla luce della pregressa giurisprudenza costituzionale in materia di presunzioni di pericolosità lesive di diritti fondamentali.

Della ragionevolezza dell'estensione operata con la l. 9 gennaio 2019, n. 3 pare in effetti lecito dubitare: *in primis* perché all'*assaggio di pena* imposto ai condannati per i reati contro la pubblica amministrazione non corrisponde *prima facie* un contrapposto interesse di tutela dell'ordine pubblico e di salvaguardia della generalità dei consociati; in secondo luogo perché, se al carcere si deve ricorrere nei soli casi in cui risulti necessario neutralizzare una pericolosità in atto del reo - come la giurisprudenza costituzionale in

materia di misure cautelari del resto ci insegna –, il sostrato criminologico delle fattispecie qui in questione non consente di giustificare né l’inflizione di una misura intramuraria né l’utilizzo dello strumento della collaborazione. Non si tratta infatti di reati commessi tramite condotte violente suscettibili di creare allarme nella società, né di delitti riferibili a contesti di criminalità organizzata: più che un contributo collaborativo, si finirebbe per richiedere ai condannati per i delitti contro l’amministrazione pubblica una confessione postuma di nessuna utilità.

La scelta della Consulta trova tuttavia una duplice giustificazione. Essa si fonda anzitutto su un (asettico) dato tecnico: la censura di irragionevolezza non accomuna tutte le ordinanze di rimessione dei giudici *a quo*; di qui la decisione di suddividere la trattazione delle questioni in momenti distinti.

Nell’atteggiamento della Corte può tuttavia leggersi una preoccupazione ulteriore che attiene precipuamente alla tenuta degli equilibri istituzionali: ben conscia delle ricadute politiche delle sue decisioni, la Consulta mira a salvaguardare l’ambito di discrezionalità del legislatore e a evitare pericolosi stravolgimenti, come emerge dalla sua consolidata giurisprudenza. Infatti

«pur in un contesto dove il paradigma costituzionale, arricchito dalle fonti sovranazionali, appare ancora non solo orizzonte irrinunciabile della epistemologia penale ma persino fonte di crescenti aspettative rispetto alle svariate irrazionalità della politica criminale, i tracciati più recenti della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza sembrano confermare, in linea di principio, la partitura tradizionale, e ribadire una tendenziale deferenza del sindacato di costituzionalità nei confronti della discrezionalità del legislatore, sia con riferimento ai contenuti delle opzioni incriminatrici ed alla struttura delle relative fattispecie, sia con riferimento all’equilibrio delle scelte sanzionatorie¹⁷⁷».

La recente sentenza 12 marzo 2020, n. 52¹⁷⁸ costituisce infatti l’ultima tappa di una strada ormai da tempo battuta dalla Corte. Il precedente da essa richiamato, la sentenza 18 luglio 2019, n. 188, muove, ad esempio, da una censura sostanzialmente analoga:

¹⁷⁷ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen cont.*, 10 ottobre 2011, p. 1.

¹⁷⁸ Cfr. *supra*, cap. 2, § 7.2.

trattasi dell'inclusione nel catalogo dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis del reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), ove sia stata riconosciuta l'attenuante di lieve entità. Ritenendo tale disposizione contrastante con gli artt. 3 e 27 Cost., il giudice rimettente sottolinea che la presunzione di elevata pericolosità che fonda il regime ostativo di cui all'art. 4-bis – riferibile a contesti di criminalità organizzata – non sarebbe adeguata all'ipotesi criminosa in questione: il riconoscimento dell'attenuante di lieve entità sarebbe asseritamente incompatibile con la presunzione di un collegamento con un'organizzazione criminale.

La Corte ritiene la tesi del giudice *a quo* infondata nel merito – secondo un *iter* argomentativo che verrà ripreso nella sentenza n. 52 del 2020 –, in ragione della considerazione che la *ratio* dell'art. 4-bis è nel tempo mutata: se inizialmente il legislatore aveva voluto introdurre un binario penitenziario differenziato per i condannati per delitti di criminalità organizzata, egli ha nel tempo trasformato l'art. 4-bis in una disposizione speciale di carattere restrittivo da applicare a categorie di condannati considerate socialmente pericolose in relazione al titolo di reato posto a fondamento della loro condanna.

A fronte di tale assunto l'argomentazione del giudice rimettente non regge: se la concessione dell'attenuante in parola ha il solo scopo di commisurare la pena alle circostanze del caso concreto, essa non è suscettibile di incidere in alcun modo «sulla coerenza della scelta legislativa di considerare un reato di particolare allarme sociale, ricollegandovi un trattamento più rigoroso in fase di esecuzione, quale che sia la misura della pena inflitta nella sentenza di condanna», afferma la Corte.

Non si possono in definitiva porre sullo stesso piano l'attenuante della lieve entità del fatto e la presunzione di pericolosità collegata al titolo di reato, oggetto di una valutazione discrezionale del legislatore, che, nel compiere le sue scelte di politica criminale, tiene conto della gravità del fatto di reato, dell'allarme sociale che esso suscita e della pericolosità oggettiva del comportamento incriminato.

D'altra parte, nessuna attenuante rileva ai fini della concessione di benefici penitenziari e misure alternative per i condannati per i reati c.d. ostativi: non si vede dunque per quale ragione si dovrebbero in questo caso tenere in considerazione le decisioni concrete relative al trattamento punitivo e al bilanciamento tra circostanze.

La sentenza in esame segna un momento importante nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di *doppio binario penitenziario*, per ciò che attiene in particolare alla composizione del catalogo di delitti ostativi¹⁷⁹. Si può infatti affermare che tale pronuncia «oltrepassi gli angusti limiti del caso concreto oggetto dello scrutinio di costituzionalità per porsi come asserto foriero di effetti in tutti i giudizi di costituzionalità che, in futuro, riguarderanno il “doppio binario penitenziario” dal punto di vista della sua strutturazione e, in particolare, della composizione del “catalogo” di delitti ostativi che ne caratterizza l'essenza¹⁸⁰», come peraltro testimoniano la sentenza n. 52 del 2020 e, per le suesposte ragioni, anche l'ordinanza n. 49 del 2020.

L'elemento che, invero, desta perplessità non è certo la scelta di rimettere alla discrezionalità legislativa l'individuazione delle fattispecie di reato da inserire nel c. 1 dell'art. 4-*bis*, bensì l'affermazione che tali scelte discrezionali possano legittimamente fondarsi anche sull'allarme sociale: in questo modo infatti «l'irrigidimento del trattamento penitenziario sembra consentito – con il viatico della Consulta – sulla base del volubile “sentire popolare” indirizzato verso quelle tipologie di reato (e di autori...) che di volta in volta il potere mediatico additi al pubblico sdegno¹⁸¹».

La volontà di preservare l'ambito di discrezionalità del legislatore in merito alle valutazioni di politica criminale e di tutela della sicurezza pubblica è stata comunque ribadita dalla giurisprudenza costituzionale a più riprese e negli ambiti più diversi.

Innumerevoli sono infatti le pronunce emblematiche di tale tendenza: la sentenza 5 novembre 2015, n. 223, con la quale la Corte rigetta la questione di costituzionalità sollevata, rimettendo alla discrezionalità del legislatore l'aggiornamento della disciplina dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare, in quanto riferibile a una scelta di politica criminale; la sentenza 31 ottobre 2014, n. 248, nella quale la Corte dichiara inammissibile una questione in materia di liquidazione coatta amministrativa, trovandosi nell'impossibilità di emettere una «pronuncia manipolativa non costituzionalmente obbligata in materia riservata alle scelte del legislatore»; la sentenza

¹⁷⁹ Cfr. F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale “salva” lo sbarramento dell'art. 4-bis ord. penit. (e la discrezionalità del legislatore)*, in RIDPP, 3/2019, pp. 1734 ss.; C. FIORIO, *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4-bis ord. penit. tra populismi, realpolitik e rispetto dei valori costituzionali*, in Giur. Cost., 4/2019, pp. 2156C ss.

¹⁸⁰ F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale “salva” lo sbarramento dell'art. 4-bis ord. penit.*, cit., p. 1736.

¹⁸¹ F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale “salva” lo sbarramento dell'art. 4-bis ord. penit.*, cit., p. 1737.

8 aprile 2014, n. 81, dove la pronuncia di inammissibilità in merito alla rimodulazione di alcune cornici edittali consegue alla considerazione dell'impossibilità di «rimodulare liberamente le sanzioni degli illeciti penali. Se [la Corte] lo facesse, invaderebbe un campo riservato alla discrezionalità del legislatore, stante il carattere tipicamente politico degli apprezzamenti sottesi alla determinazione del trattamento sanzionatorio: discrezionalità il cui esercizio è censurabile, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove trasmodi nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene quando si sia di fronte a sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione»; negli stessi termini la Corte si esprime nella sentenza 8 luglio 2010, n. 250, salvando dalla censura di illegittimità costituzionale il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato in virtù della considerazione che «l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie». E così si potrebbe proseguire ancora a lungo¹⁸².

Fatti dunque salvi i limiti della manifesta irragionevolezza e dell'arbitrio, la Corte tende a cedere il passo al legislatore quando a venire in questione siano scelte discrezionali di politica criminale.

Sebbene nella giurisprudenza costituzionale si registri un uso prudente del principio di ragionevolezza per sindacare le scelte legislative, va d'altro canto rilevato che alcune censure incidenti sulla discrezionalità dei *conditores legum* in materia penale hanno talora superato il vaglio della Consulta. Si pensi, a titolo di esempio, alla giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi preclusivi operanti nella fase dell'esecuzione penale¹⁸³ o alle pronunce nelle quali la Corte ha fatto leva sul principio di proporzionalità per intervenire sul *quantum* di pena assegnato dal legislatore a determinate fattispecie di reato.

Emblematico è l'approccio adottato in questo senso dalla sentenza 10 novembre 2016, n. 236, con la quale viene dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto

¹⁸² Cfr. *ex plurimis* le sentenze n. 68 del 2012, n. 161 del 2009, n. 324 del 2008, n. 22 del 2007, n. 394 del 2006.

¹⁸³ Cfr. *supra*, cap. 2, § 7.2.

con gli artt. 3 e 27 Cost., il quadro edittale previsto per il delitto di alterazione dello stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità. Il *novum* di questa pronuncia risiede nella scelta di non imputare l'incostituzionalità della disposizione alla disparità di trattamento rispetto a un'altra disposizione adottata come *tertium comparationis* – secondo un orientamento sino ad allora costante della Corte –, ma di far leva sull'irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio, non proporzionato alla gravità del fatto incriminato¹⁸⁴.

Il filone così inaugurato ha ricevuto un'ulteriore spinta propulsiva grazie ad alcune sentenze successive (5 dicembre 2018, n. 222 e 7 dicembre 2018, n. 233), che hanno sviluppato la via intrapresa con la sentenza n. 236 del 2016, prospettando un superamento della teoria delle "rime obbligate": in caso di lesione dei principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena, la Corte ritiene di poter intervenire anche in assenza di «un'unica soluzione vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima» (sent. n. 228 del 2018), purché si tratti comunque di una soluzione costituzionalmente legittima¹⁸⁵.

La Consulta è intervenuta da ultimo in materia con la sentenza 23 gennaio 2019, n. 40, con la quale ha accolto le censure di incostituzionalità mosse in relazione al quadro edittale per fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe pesanti. Quantunque tale pronuncia presenti qualche elemento di criticità in relazione alla determinazione della misura della pena da sostituire a quella oggetto della dichiarazione di incostituzionalità¹⁸⁶, essa si segnala in quanto espressiva di una nuova tendenza della Corte a incidere in maniera piuttosto significativa su un campo – quello delle dosimetrie sanzionatorie – ritenuto un tempo di esclusivo appannaggio del legislatore, perciò tendenzialmente insindacabile.

Nonostante dunque negli ultimi tempi la Corte costituzionale abbia assunto un atteggiamento per certi versi più incline a sindacare, pur nei limiti che si è auto-imposta, il merito delle scelte del legislatore, ciò non autorizza a guardare con sospetto le scelte

¹⁸⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016.

¹⁸⁵ Cfr. C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetti le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019.

¹⁸⁶ Cfr. *ibidem*.

invece improntate al *self-restraint*. È d'altro canto innegabile che il paradigma della ragionevolezza in materia penale «si irradia in diverse direzioni, si giova delle interazioni tra differenti e concorrenti aspetti, converge in una stima complessiva che misura la scelta legislativa con lo specifico del settore¹⁸⁷», confermandosi «paradigma eteroclitico, plurale, composito, volta a volta sagomato sulle peculiari istanze in rilievo nella materia oggetto di valutazione¹⁸⁸».

Non va neanche sottaciuto, del resto, che la china della ragionevolezza fa presto a diventare scivolosa. Adoperare il canone di cui all'art. 3 Cost. per sindacare davanti al Giudice delle leggi le scelte di politica criminale, costituenti il cuore della discrezionalità legislativa, potrebbe finire per incidere sul principio di divisione dei poteri: il confine della manifesta irragionevolezza non è sempre agevolmente tracciabile e la salvaguardia dell'equilibrio tra i poteri dello Stato impone un saggio connubio tra prudenza e lungimiranza.

¹⁸⁷ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 17.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

CAPITOLO 4 – CONCLUSIONI: IL “DIRITTO PENALE DEL NEMICO” TRA POPULISMO PENALE E RUOLO DI GARANZIA DELLA MAGISTRATURA

SOMMARIO: 1. Logiche emergenziali e populismo penale – 2. Il “diritto penale del nemico” – 3. *Ubi societas, ibi ius* – 4. Dal ruolo di garanzia della magistratura a un rinnovato dialogo sociale

1. Logiche emergenziali e populismo penale

La progressiva stratificazione delle riforme legislative che sono nel tempo intervenute a stravolgere la *ratio* originaria dell’art. 4-*bis* o.p. e del c.d. regime ostativo ci consegna oggi un quadro complesso ed eterogeneo, non esente da criticità. La lenta involuzione della disciplina in questione si può ricondurre all’intento del legislatore di esibire un volto sempre più severo a fronte dei fenomeni criminali emergenti, adoperando come vessillo l’aumento delle cornici sanzionatorie e, più in generale, l’irrigidimento del trattamento penitenziario. L’insidioso fenomeno del *populismo penale* fa così inesorabilmente breccia nell’ordinamento: facendo leva su un irrazionale istinto vendicativo dell’uomo, esso finisce per incanalare le reazioni aggressive della comunità contro un nemico ideale allo scopo di raccogliere un diffuso consenso politico¹⁸⁹.

Il *governo della paura*¹⁹⁰ si serve del diritto punitivo come manifesto, propagandando la minaccia di pene esemplari come unico e potente baluardo posto a presidio della società “civile” e dell’ordine pubblico. Gli orientamenti assunti in materia criminale costituiscono, d’altronde, un efficace strumento di autorappresentazione della politica, stante l’inveterata tendenza ad assegnare al diritto penale il ruolo di fornire delle risposte rassicuranti a fronte di episodi che, causando sconvolgimenti emotivi e impulsi

¹⁸⁹ Sull’essenza profonda della giustizia punitiva e sulla possibilità che il diritto penale sia in qualche misura intrinsecamente populistico si interroga G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, pp. 102-105.

¹⁹⁰ Cfr. J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008.

vendicativi, fanno scaturire nella nostra «democrazia emotiva¹⁹¹» istanze securitarie di stampo giustizialista¹⁹².

Servendosi del potente supporto degli attuali strumenti di comunicazione dalle altissime potenzialità intrusive, la propaganda politica mira a ridestare a ogni piè sospinto le sirene dell'allarme sociale, puntando sulla paura più temibile,

«la paura diffusa, sparsa, indistinta, libera, disancorata, fluttuante, priva di un indirizzo o di una causa chiari; la paura che ci perseguita senza una ragione, la minaccia che dovremmo temere e che si intravede ovunque, ma non si mostra mai chiaramente. «Paura» è il nome che diamo alla nostra incertezza: alla nostra ignoranza della minaccia, o di ciò che c'è da fare – che possiamo o non possiamo fare – per arrestare il cammino o, se questo non è in nostro potere, almeno per affrontarla¹⁹³».

Una politica miope ha dunque deciso di puntare su paure diffuse e impalpabili, sovente ataviche, per cercare consensi sul terreno dello scambio tra libertà e sicurezza: l'uomo affida allo Stato il compito di proteggerlo per salvare sé stesso da un'aggressività diffusa che metterebbe la sua vita in costante pericolo (*homo homini lupus*), decidendo di sacrificare così una porzione della sua libertà; la legittimazione dello Stato e la sua pretesa di obbedienza da parte dei cittadini riposano d'altra parte sulla prontezza della risposta a questa richiesta di protezione.

È certo un avanzamento di civiltà – rispetto alla condizione dell'uomo che vive nello stato di natura – quello descritto nell'ambito delle teorie sul contratto sociale. Per contrastare la tendenza alla prevaricazione e l'impatto invalidante della paura, l'uomo avverte una necessità di protezione e si consegna nelle mani dello Stato; ma i pericoli – veri o presunti, spesso ignoti – dai quali proteggersi sfuggono alla sua sfera di controllo e la loro individuazione resta affidata alla saggezza di chi detiene il potere politico.

¹⁹¹ Così G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018.

¹⁹² Cfr. D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 125.

¹⁹³ Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Bari-Roma, 2017 (edizione digitale), p. 2.

Esattamente in questo meccanismo il populismo penale può trovare il suo *humus*: la criminalizzazione delle offese arrecate al bene giuridico della sicurezza, declinata nelle forme più varie, diviene una via obbligata per soddisfare le istanze di difesa sociale.

Il diritto punitivo può dunque strumentalizzare la trasgressione delle leggi per assoggettare le volontà, perdendo in questo modo la sua funzione di mezzo per sopprimere le infrazioni e per *ammansire* i criminali¹⁹⁴. In una società dominata dall'insicurezza e dalla precarietà il carcere somiglia sempre più a «una sorta di metafora architettonica ove rinserrare tutte le nostre paure¹⁹⁵».

Pare lecito a questo punto domandarsi: quali margini di spazio residuano allora per una concezione del diritto penale come *extrema ratio*? Imponendo uno «sforzo di razionalizzazione sul piano della ponderazione delle opzioni di criminalizzazione¹⁹⁶», il meta-principio del diritto penale minimo sarebbe improntato a una riduzione dell'utilizzo del diritto penale come tecnica di controllo sociale.

La carica simbolico-espressiva del diritto penale induce invece a considerarlo oggi come panacea di molti mali – dalla crisi della società alle disfunzioni delle istituzioni – e a utilizzarlo in chiave preventiva, sia in ragione della sua potenza evocativa, sia per la sua economicità rispetto a tecniche alternative di tutela – si pensi alle politiche in campo economico e sociale. Si è così rapidamente diffusa la convinzione che solo il sistema sanzionatorio potrebbe rispondere in modo efficace alla pervasiva domanda di giustizia e di sicurezza¹⁹⁷.

Dal penale minimo al massimo è l'imperativo che anima il legislatore odierno. E non importa se l'efficacia di tale approccio a fini generalpreventivi e di riduzione dei tassi di criminalità si rivela palesemente infondata, perché l'obiettivo delle politiche criminali è ben diverso e ci viene quotidianamente riproposto in modo martellante:

«si tratta di alimentare insicurezza per governare con la paura. I *media* fabbricano la paura ed il governo promette sicurezza. In tempi di crisi sociale questa tendenza si accentua. Al centro della

¹⁹⁴ Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 300.

¹⁹⁵ G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria*, cit.

¹⁹⁶ A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *RIDPP*, 3/2018, p. 1491.

¹⁹⁷ Cfr. A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio*, cit., p. 1495.

politica torna il nocciolo duro del patto tra potere e governati [...]. Ed è del tutto funzionale al potere legittimarsi sullo scambio, classico, tra libertà e sicurezza¹⁹⁸».

La vicenda ordinamentale dell'art. 4-bis o.p. è in questo senso emblematica: il garantismo penale e la coerenza del sistema hanno dovuto cedere di fronte alle ansie securitarie. Rendendo la pena quasi interamente intramuraria, tale disposizione si connota per un forte efficientismo simbolico, che contribuisce a placare l'inquietudine collettiva: le rassicuranti mura del carcere producono infatti un immediato effetto placebo sulla paura.

Gli *automatismi carcerari* messi in campo dall'art. 4-bis o.p. rappresentano l'acme di una strategia politico-criminale scarsamente lungimirante. Ancorare il trattamento penitenziario – e, più precisamente, l'impossibilità di uscire dal carcere – a una presunzione *ope legis*, che si fonda su considerazioni aprioristiche e che non si misura sulla vicenda del singolo condannato, produce delle conseguenze nefaste a diversi livelli: rende inutile qualsiasi sforzo compiuto in vista del reinserimento sociale; riduce il margine di discrezionalità della magistratura di sorveglianza nel valutare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi per la concessione di benefici penitenziari e misure alternative; aggrava ulteriormente il fenomeno strutturale del sovraffollamento carcerario¹⁹⁹.

La *cronicizzazione dell'emergenza*, che rende difficilmente afferrabile la distinzione tra misure eccezionali e interventi di carattere strutturale, traduce un atteggiamento del legislatore improntato alla volontà di prevenire ogni sorta di rischio: l'automatismo fa ingresso nell'ordinamento per la via dell'eccezionalità, ma è destinato a rimanervi stabilmente. Nella *cultura dell'emergenza* ogni ragionamento si ribalta, la normalità diviene il suo opposto e il potere pubblico sfugge dalle maglie dei controlli di un sistema democratico²⁰⁰.

Beninteso, «non si auspica un buonismo a buon mercato²⁰¹», che lasci impuniti gli autori di crimini efferati, i quali meritano certamente una pena adeguata alla gravità del

¹⁹⁸ S. ANASTASIA-F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, cit., pp. 84-85.

¹⁹⁹ Cfr. G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.

²⁰⁰ Cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 11.

²⁰¹ G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.

reato commesso, purché tuttavia alla privazione della libertà non si accompagni una frustrazione del diritto alla speranza che finisca per incidere su quell'ineliminabile portato della civiltà giuridica europea che è la dignità umana.

È sul piano della dignità che si gioca effettivamente la partita degli automatismi nella fase esecutiva. E finché alle parziali limature operate sull'art. 4-bis o.p. non si sostituirà un radicale mutamento nell'approccio alle politiche criminali, faticheranno a rimarginarsi le ferite inferte al volto costituzionale della pena. Solo «a misura che le pene saranno moderate [...], che la compassione e l'umanità penetreranno le porte ferrate e comanderanno agl'inesorabili ed induriti ministri della giustizia²⁰²» si potrà forse imboccare la via maestra per giungere a realizzare pienamente il progetto rieducativo contemplato dalla Costituzione.

Nell'attuale clima di *temperie populistiche*²⁰³, dove il carcere assurge a simulacro della sicurezza, si staglia con imponenza il baluardo costituzionale a tutela del garantismo: un'*isola della ragione*²⁰⁴, che resiste ai ricorrenti attacchi provenienti dai portatori di istanze giustizialiste e securitarie sull'onda emergenziale del pericolo; un anticorpo imprescindibile contro le derive patologiche della paura²⁰⁵ e contro un uso del diritto penale come strumento di lotta contro il *nemico*.

Fondato su un approccio bellicoso che prescinde dal fatto di reato per stigmatizzarne l'autore, sino a strumentalizzare a fini di polizia l'intero apparato processuale ed esecutivo, il paradigma del "diritto penale del nemico" si pone peraltro in rapporto di stretta consequenzialità logica rispetto al fenomeno del populismo penale.

2. Il "diritto penale del nemico"

²⁰² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 125-126.

²⁰³ Così F. SIRACUSANO, "Cronaca di una morte annunciata", cit., p. 10.

²⁰⁴ A. PUGIOTTO, *La follia fuori dal carcere, la sentenza della Consulta*, in *Il manifesto*, 24 aprile 2019.

²⁰⁵ «Prospettive antitetiche, quelle della conservazione preziosa delle garanzie e quella del populismo penale che mostra il braccio violento, ma con sguardo cieco nella capacità di perseguire quelle stesse esigenze di difesa sociale a cui dichiara di voler rispondere [...]. In una stagione che considera primaria l'istanza punitiva sono ancor più imprescindibili gli anticorpi delle garanzie costituzionali e convenzionali», M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*, 21 giugno 2019.

Risalente all'elaborazione concettuale del noto penalista tedesco Jakobs²⁰⁶, la teoria del "diritto penale del nemico" si fonda su una basilare distinzione tra *Feindstrafrecht* e *Bürgerstrafrecht*. Se di quest'ultimo - il diritto penale del cittadino - è destinatario colui che, pur avendo commesso un reato, può continuare a godere delle garanzie previste dall'ordinamento giuridico, in quanto comunque appartenente alla comunità, il *Feindstrafrecht* si applica invece al "delinquente nemico", il quale non merita al contrario alcuna tutela, poiché non riconosce come proprio il sistema giuridico di riferimento. Questi deve pertanto essere neutralizzato ed eliminato, rappresentando un pericolo per l'intera società. Prescindendo dal fatto di reato in concreto commesso, tutte le attenzioni vengono così rivolte al *Taetertypus* che viene di volta in volta in considerazione, il cui agire criminoso è inscindibilmente legato alla categoria delinquenziale di appartenenza.

Il nesso di consequenzialità logica sussistente tra diritto penale d'autore e populismo penale pare evidente: si utilizza il diritto punitivo per contrastare fenomeni complessi, senza tuttavia interrogarsi sulle loro cause profonde, intervenendo esclusivamente nel momento patologico del loro manifestarsi. Nel soggetto che ha commesso un determinato fatto di reato si riflette il contesto criminoso dal quale proviene: il *nemico* così additato diviene un capro espiatorio nel processo di lotta contro il fenomeno che egli rappresenta²⁰⁷ e le garanzie proprie di un diritto penale ancorato al fatto crollano, trasformando l'intero sistema della giustizia penale in uno strumento di polizia.

Così, al processo di *cronicizzazione dell'emergenza* si affianca un fenomeno di normalizzazione del diritto penale d'autore:

«il linguaggio bellico della guerra alla mafia oggi serve soltanto a giustificare l'esistenza di un sistema punitivo che ormai si è tolto la maschera emergenziale rivelando la sua natura permanente. Mantenere in vita un dispositivo di tortura sventagliato dai governanti della paura e amministrato dai professionisti della vendetta, sollecita una forte preoccupazione su chi sarà la prossima categoria di persone che riempirà le celle²⁰⁸».

²⁰⁶ Cfr. nella traduzione italiana G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI- M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, pp. 6 ss.

²⁰⁷ Cfr. E. KALICA, *La pena di morte viva. Ergastolo, 41 bis e diritto penale del nemico*, Milano, 2019, p. 58.

²⁰⁸ E. KALICA, *La pena di morte viva*, cit., p.181.

Eppure, a ben vedere, la legittimazione che il *diritto penale del nemico* tenta di trovare negli attuali ordinamenti democratici a fronte delle c.d. *emergenze sicurezza* e delle conseguenti necessità di difesa sociale non possiede un valido fondamento né dal punto di vista etico, né sul versante strettamente teorico. Se infatti il diritto penale si legittima in quanto affida alla mano pubblica una vendetta che si svolgerebbe altrimenti in forma privata, consentendo così ai rapporti di convivenza di passare dallo stato selvaggio allo stato civile, esso nega in radice la logica del nemico²⁰⁹. Il patto sociale si fonda, in effetti, proprio sul mutuo riconoscimento di ogni soggetto come persona. Attribuire al diritto penale la funzione di lotta contro un nemico sostanzialmente spogliato della sua dignità di persona finisce per determinare la creazione

«di un ossimoro, di una contraddizione in termini, che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale: la dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza, dato che la figura del nemico appartiene alla logica della guerra, che del diritto è la negazione, così come il diritto è la negazione della guerra²¹⁰».

3. Ubi societas, ibi ius

Se il diritto tende ontologicamente alla pacificazione sociale – *ubi societas, ibi ius* –, è alla società che esso deve rivolgersi ed è da essa che deve trarre la sua linfa vitale²¹¹.

La controprova più evidente di tale affermazione si ricava da una riflessione sulle modalità che nel corso del tempo hanno condotto all'affermazione dei diritti: la storia ci insegna che sono sempre e inevitabilmente le rivendicazioni di talune *élites* culturali che consentono ai diritti di venire alla luce. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle formulazioni teoriche relative al diritto naturale che hanno preceduto lo scoppio della

²⁰⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 4/2006, pp. 87 ss.

²¹⁰ L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, cit., p. 88.

²¹¹ Alcune delle riflessioni che verranno di seguito riportate si ispirano a un intervento del prof. E. GROSSO, tenuto nel corso di una tavola rotonda nell'ambito della *Summer School di Alta Formazione sulla privazione della libertà e sui diritti fondamentali "La pena e i diritti universali"*, Torino, 16-20 settembre 2019.

Rivoluzione francese del 1789 e all'epilogo in termini di avanzamento giuridico nell'affermazione dei diritti (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*).

L'assorbimento dei diritti nella cultura di massa non può che passare per le maglie politiche: perché l'affermazione di un diritto non resti priva di riscontro sociale, occorre un *quid pluris* rispetto alla stesura e all'approvazione di una disposizione di legge. Anche la nostra Carta fondamentale vive nella misura in cui riesce a trovare un adeguato sostegno culturale nella società, quindi nella politica: essa «non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile. Bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità²¹²».

Orbene, la creazione di una cultura condivisa in relazione alle tematiche attinenti al carcere e ai diritti dei detenuti è questione alquanto delicata e tendenzialmente sovrapponibile ai mutamenti strutturali ascendenti e discendenti di un paese. Perché il dibattito sulla pena sia fruttuoso, esso deve inevitabilmente intervenire sul senso comune, sull'orientamento culturale della società, mettendo in campo una nuova rappresentazione dell'intera dimensione del punire.

Qualora non si agisse in questa direzione, qualsiasi sforzo volto a dare concretezza all'ideale rieducativo consacrato in Costituzione si rivelerebbe, in fin dei conti, vano. La nostra storia recente è in questo senso maestra, se si riflette, ad esempio, sugli esiti del progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario elaborato dagli "Stati Generali dell'Esecuzione Penale".

L'istituzione di un comitato di circa duecento esperti in materia penale e penitenziaria²¹³ si giustificava in ragione della percezione dell'indifferibilità di una rifondazione del sistema dell'esecuzione penale anche a seguito dell'umiliante sentenza *Torreggiani v. Italia* (8 gennaio 2013). Un duplice ordine di ragioni stava a fondamento di tale indifferibilità: anzitutto, la presa d'atto che la legge penitenziaria del 1975 si inseriva all'interno di un sistema carcerario connotato da finalità meramente custodialistiche, che

²¹² Dal celebre discorso pronunciato da P. CALAMANDREI in occasione dell'inaugurazione di un ciclo di conferenze sulla Costituzione presso l'Università cattolica di Milano, 26 gennaio 1955.

²¹³ Gli "Stati Generali dell'esecuzione penale" sono stati istituiti con D.M. 8 maggio 2015 dal Ministero della Giustizia.

non lasciavano spazio ad alcuna prospettiva di risocializzazione; in secondo luogo, lo snaturamento della filosofia di fondo che aveva animato la riforma del 1975 a seguito della strumentalizzazione dell'esecuzione penale a fini securitari durante le emergenze criminali che sconvolsero l'Italia negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso.

L'alacre operato degli Stati Generali ai fini del raggiungimento dell'ambizioso obiettivo di una radicale riforma del sistema dell'esecuzione penale – da attuare tramite un'attenzione multifocale alla realtà esecutiva e una mobilitazione culturale molto ampia, che ha chiamato in causa professionalità distinte e distanti tra loro – non ha tuttavia trovato un adeguato controcanto politico, destinando il patrimonio di conoscenze e di progetti che ne è derivato a valere *a futura memoria*. La risposta della classe politica è stata infatti piuttosto deludente: non avendo trovato il necessario sostegno nelle aule parlamentari, le proposte di riforma hanno subito un netto ridimensionamento ad opera del legislatore. Lucide, in proposito, le considerazioni del prof. Giostra, coordinatore del progetto:

«a giudicare da talune scomposte e oscurantiste reazioni alla sola prospettiva di una parziale attuazione della riforma, si deve ritenere che l'obiettivo di sensibilizzazione civile e costituzionale al tema della pena sia rimasto in parte incompiuto, del resto non imprevedibilmente se si considera che si trattava di "divellere" pregiudizi profondamente radicati. D'altra parte, un palinsesto mediatico largamente incentrato sulla cronaca nera e una politica che ha nella fomentazione delle paure il suo *core business* non potevano non contrastare l'affermarsi di una idea di pena che tende ad abbassare, sia pure in base a parametri e prognosi normativamente disciplinati, i ponti levatoi fisici e psicologici tra società intramuraria ed extramuraria²¹⁴».

A seguito dell'istituzione di tre Commissioni incaricate di dare attuazione alla legge di delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario²¹⁵, le alterne vicende politiche hanno finito per far giungere nelle aule parlamentari degli schemi di decreto

²¹⁴ G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria*, cit.

²¹⁵ Le Commissioni sono state istituite con un decreto ministeriale del 19 luglio 2017 e avevano il compito occuparsi rispettivamente delle norme in materia di espiazione della pena in generale, di una riscrittura del sistema delle misure di sicurezza, del trattamento penitenziario dei minorenni e dell'introduzione di forme di giustizia riparativa.

legislativo relativi all'esecuzione della pena in generale, ma epurati ad esempio dalle rilevanti previsioni in materia di affettività o di lavoro penitenziario.

Il tormentato *iter* della riforma dell'ordinamento penitenziario si è concluso con l'emanazione dei decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 121, n. 123 e n. 124, che hanno dato parziale attuazione alla legge delega 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando). Essi si sono limitati a introdurre delle timide disposizioni in materia di assistenza sanitaria, di permanenza all'aperto, di servizi igienici nelle camere di pernottamento e di lavoro penitenziario, non attuando invece la delega nella sua parte più significativa, volta alla facilitazione all'accesso alle misure alternative e all'eliminazione degli automatismi preclusivi²¹⁶.

L'epilogo di questa vicenda non fa che confermare quanto già ripetutamente affermato: la presenza di persone e luoghi disponibili ad accogliere una riforma è la *condicio sine qua non* per una sua compiuta realizzazione; se non si vuole che essa rimanga meramente sulla carta, è sul versante della cultura sociale della pena che si deve intervenire, debellando il pregiudizio fondato sulla convinzione della sussistenza di un rapporto di proporzionalità diretta tra carcere e sicurezza; altrimenti «ogni riforma normativa sarà fatalmente esposta a “scorrerie legislative” di segno involutivo e “carcerocentrico”²¹⁷».

Puntare sulla società civile e rivolgersi all'opinione pubblica è la sfida da cogliere in questo frangente storico per evitare che eventuali nuove proposte di riforma legislativa in materia penitenziaria vengano percepite come un cedimento dello Stato nella lotta contro i fenomeni criminali: se la battaglia per l'umanizzazione della pena non si gioca sul campo culturale, i discorsi dei giuristi più illuminati saranno destinati a venire presto archiviati in polverose biblioteche, se è vero – come è vero – che

«ogni sforzo innovativo che voglia incidere in profondità e durevolmente sull'esecuzione penale deve cercare di abbracciarla nella sua poliedrica complessità [...]; deve cercare soprattutto di predisporre una sorta di “placenta culturale” che sappia accogliere e nutrire le novità²¹⁸».

²¹⁶ Cfr. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2018.

²¹⁷ G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria*, cit.

²¹⁸ G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria*, cit.

L'oggettiva difficoltà di comunicare con l'opinione pubblica, peraltro amplificata dalla frapposizione di una politica sorda e in cerca di facili consensi, potrebbe tentare il giurista di abbandonare i tentativi di sensibilizzazione culturale e di optare per la via che gli appare più congeniale: il ricorso alle corti nazionali e sovranazionali.

Bisogna tuttavia a questo proposito considerare – in aggiunta all'osservazione per cui tali corti non sono gli organi deputati a sovvertire le scelte di politica criminale – che esse sono inserite in un contesto sociale e culturale di riferimento, dal quale vengono inevitabilmente in qualche misura influenzate:

«quando un uomo sceglie la professione di giudicare i propri simili, deve rassegnarsi al paradosso – doloroso per quanto sia – che non si può essere giudice tenendo conto dell'opinione pubblica, ma nemmeno non tenendone conto. Alla somma delle proprie inquietudini, bisogna prevenire l'aggiunta di quelle che verranno dall'attenzione che l'opinione pubblica dedica a certi casi. E questo vale per qualsiasi latitudine, per qualsiasi paese in cui i tribunali non siano trasformati in are²¹⁹».

4. Dal ruolo di garanzia della magistratura a un rinnovato dialogo sociale

La dimensione culturale del dialogo sulle tematiche penitenziarie assume un'importanza capitale anche al fine di evitare il profilarsi di tensioni tra politica e magistratura: se infatti quest'ultima dovesse ritrovarsi nelle condizioni di svolgere una funzione “di supplenza” rispetto alle mancanze del potere politico in materia di tutela dei diritti fondamentali, potrebbe vacillare il ruolo istituzionale che l'ordinamento le assegna, se si considera, per di più, che il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, c. 2, Cost.).

²¹⁹ L. SCIASCIA, *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, Milano, 1989, p. 80. Sul punto cfr. anche G. L. GATTA, *Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *RIDPP*, 4/2017, p. 1499: «in un paese afflitto storicamente dalla piaga della mafia, nel quale 'il Capo dei capi' è da poco morto in carcere, mentre scontava la pena dell'ergastolo, e in un'Europa piegata dal terrorismo dilagante, dove in carcere, in Francia, è detenuto uno degli autori della strage del Bataclan, allentare la morsa della repressione penale per reati di mafia e terrorismo [...] sembra oggi [...] una soluzione inattuale, per quanto sorretta da apprezzabili e nobili ragioni».

Dal canto suo il legislatore tenta di limitare lo spazio di contrasto alle politiche criminali e, in questo senso, la proliferazione degli *automatismi carcerari* e la conseguente compressione dei margini di discrezionalità dei giudici rende plasticamente l'idea. A fronte di tali fenomeni la magistratura si sente chiamata a reagire:

«se c'è un tratto unificante della multiforme produzione giurisprudenziale sul tema del «delinquente pericoloso», questo consiste [...] nella resistenza opposta ad ogni forma assoluta di presunzione. Attraverso le scelte interpretative, od il ricorso all'incidente di costituzionalità, si manifesta la tendenza a risolvere il problema del trattamento differenziale in un recupero della discrezionalità, utile se del caso a neutralizzare la deriva verso un diritto penale fondato sulla condizione personale²²⁰».

Qualora la giurisprudenza dovesse continuare a svolgere una funzione di garanzia rispetto alle “carenze costituzionali” del legislatore, si correrebbe il serio rischio di rivestire i giudici del ruolo di *tribuni del popolo*: piuttosto che interpretare la legge, essi dovrebbero farsi portatori di istanze garantiste in una logica di antagonismo rispetto al potere politico, che condurrebbe al sovvertimento degli equilibri istituzionali e costituzionali²²¹. Non si può insomma chiedere alla magistratura di colmare il vuoto lasciato da una politica che si ostina ad andare in controtendenza rispetto al finalismo rieducativo della pena.

Peraltro, il meccanismo di resistenza della giurisprudenza non può durare in eterno e, se il contesto di corti nazionali e sovranazionali può salvarci nel breve periodo, l'eroismo individuale di alcuni giudici non è destinato a sopravvivere al logorio del tempo. Infatti,

«assecondare la deriva verso un diritto penale senza regole, nell'ingenua illusione che la predisposizione di una macchina punitiva totipotente e priva di limiti possa garantire maggior effettività al contrasto alla criminalità – e che debba, in questa prospettiva, attribuire ulteriore centralità all'istanza giurisdizionale –, significherebbe assecondare questa deresponsabilizzazione della politica e, simmetricamente, la sovraesposizione della magistratura rispetto a compiti impropri, e ad obiettivi che, prima o dopo, rappresenteranno l'orizzonte di valutazione

²²⁰ G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso*, cit., p. 4.

²²¹ Cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., p. 105.

dell'operato del magistrato, con le prevedibili conseguenze in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi prefigurati²²²».

È dunque alla società che bisogna ritornare, pur considerando che uno stato pluralistico è intrinsecamente limitato nell'esercizio del potere: coltivare la partecipazione delle diverse articolazioni della compagine sociale alle decisioni statali condurrebbe alla creazione di un contesto volto al rafforzamento della tutela dei diritti individuali e collettivi. Se si riuscisse a non perdere di vista questo orizzonte culturale di riferimento, il dialogo politico potrebbe tornare a fungere da stimolo per una riaffermazione condivisa dei diritti. E la legge penale si libererebbe di conseguenza della svilente funzione promozionale che oggi la connota.

Bisognerebbe instillare nella coscienza sociale il convincimento che la prevenzione dei delitti poggia più sulle misure socio-economiche che non sulle sanzioni penali, ribadendo che le esigenze di difesa sociale si ridurrebbero drasticamente qualora i diritti venissero egualmente garantiti a tutte le fasce della popolazione.

Una politica criminale lungimirante non dovrebbe infatti, nell'ambito della lotta contro la criminalità, esaurire il proprio compito affermando parossisticamente la tutela del *diritto alla sicurezza*; dovrebbe piuttosto concentrarsi sull'eliminazione - o quanto meno sul ridimensionamento - dei fattori di emarginazione, allo scopo di dare piena attuazione al principio costituzionale di eguaglianza sostanziale. Perché la società possa consentire a ciascuno di esprimere le proprie potenzialità, rimuovendo quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, c. 2, Cost.), occorre agire sul fronte del contenimento di fattori criminogeni quali la povertà, l'ignoranza e tutto ciò che, insieme ad essi, concorre ad alimentare le situazioni di disagio sociale²²³.

²²² V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, p. 100.

²²³ Cfr. M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in *Diritto pubblico*, 2/2014, pp. 679-680.

Puntare sul dialogo sociale significa peraltro fare appello al valore dell'autonomia personale – intesa, in senso ampio, come capacità di discostarsi idealmente dal diritto positivo e dai martellanti messaggi securitari della politica attuale –, poiché essa costituisce il sostrato reale di ogni ordinamento giuridico. Antigone ha in questo senso già segnato la rotta, insegnandoci che è talora doveroso seguire la *propria* legge: propria non in quanto posta da sé stessi, ma perché inscritta nell'ordine cosmico e appartenente alla stessa natura umana²²⁴.

Ai fini della costruzione di uno stato costituzionale dalle solide fondamenta tale autonomia – *lato sensu* intesa – non può tuttavia bastare: al titanismo di Antigone deve necessariamente affiancarsi Creonte, che incarna un elemento imprescindibile all'interno di uno stato di diritto, cioè la solidità e la certezza del diritto positivo.

La missione odierna consiste nell'impegnarsi per agevolare in qualche maniera la convergenza tra la rotta di Antigone e quella di Creonte. La Costituzione è certamente un'ancora molto salda alla quale appigliarsi e dalla quale ripartire per dare nuovo impulso a questo percorso di riaffermazione politica e sociale dei diritti.

Se la politica cade, l'intera società è chiamata a reagire: *ubi ius, ibi societas*.

²²⁴ Alla domanda di Creonte «E hai osato calpestare queste leggi?», Antigone replica significativamente: «Non era certo stato Zeus a proclamarle,/ né Dike che abita con gli dei di sottoterra./ Non furono loro a stabilire queste leggi per gli umani./ E non pensavo che i tuoi bandi avessero tanta forza da consentire a chi è mortale di trascurare leggi non scritte, ma salde, degli dei,/ che non sono nate oggi, non ieri, ma vivono dall'eternità/ e nessuno sa quando si rivelarono», in A. TONELLI (a cura di), *Sofocle. Le tragedie*, Venezia, 2004, p. 267.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTA V., *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4-bis, co. 1, O.P.: questioni di diritto intertemporale*, in *Giur. pen. web*, 2/2019

AMATI E., *Legge 'Spazzacorrotti' e disciplina intertemporale. Interpretazioni "formalistiche" e "sostanzialistiche" a confronto in attesa della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 10/2019, pp. 3486 ss.

ANASTASIA S.-ANSELMINI M.-FACINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015

ANASTASIA S.-CORLEONE F., *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma, 2009

BARON L., *'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale. Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, pp. 153 ss.

BAUMAN Z., *Paura liquida*, Bari-Roma, 2006

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1981

BENUSSI C., *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2015

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

BERNASCONI A., *Indissolubile il legame tra collaborazione con la giustizia e benefici penitenziari?*, in *Cass. pen.*, 12/1997, pp. 3570 ss.

BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, 1982, Padova

BORSELLINO P., *Oltre il muro dell'omertà. Scritti su verità, giustizia e impegno civile*, Milano, 2011

BRAY C., *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetti le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965

CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione (1937)*, Padova, 1964

CAMILLERI A., *Autodifesa di Caino*, Palermo, 2019

CAMPOSARAGNA L., *La collaborazione con la giustizia in fase esecutiva*, in *Dir. pen. e processo*, 10/1997, pp. 1215 ss.

CANAVELLI P.-MUSUMECI C., *Ergastolo. Giorno e notte*, in *Giustizia insieme*, 1/2012, pp. 25 ss.

CASELLI G.C.-FASSONE E.-GREVI V.-INGROIA A.-MADDALENA M.-TURONE G.-VIGNA P.L., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. GREVI, Bari, 1993

CASELLI G.C.-INGROIA A., *L'eredità scomoda. Da Falcone ad Andreotti sette anni a Palermo*, a cura di M. DE LUCA, Milano, 2001

CASTELLANO L.-STASIO D., *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009

CATTELAN L., *La Consulta salva l'ergastolo ostativo ma abroga la presunzione assoluta di pericolosità per i condannati a uno dei reati ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit.*, in *ilpenalista.it*, 13 gennaio 2020

CESARI C., *Sub art. 58-ter Ord. Penit.*, in GREVI V.-GIOSTRA G.-DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, 2011

CESARIS L., *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Pavia, 2010

CICALA A., *Lo speciale regime dell'accesso ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia*, in *Giur. merito*, 6/2011, pp. 1659 ss.

CORLEONE F.-PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012

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

COZZI M., *Ho incontrato Caino. Pentiti. Storie e tormenti di vite confiscate alle mafie*, Milano, 2016

D'AMBROSIO L., *Testimoni e collaboratori di giustizia*, Padova, 2002

D'AMICO S., *Il collaboratore della giustizia*, Roma, 1995

DE ALBUQUERQUE P.P., *Life imprisonment and the European right to hope*, in *Rivista AIC*, 2/2015, pp. 10 ss.

DE CAROLIS F. (a cura di), *Urla a bassa voce. Dal buio del 41-bis e del fine pena mai*, Viterbo, 2012

DE SIMONE F., *Alcune considerazioni intorno alle nuove modalità operative della sanzione detentiva*, in *Arch. pen.*, 1/2018

DE VITO R., *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in *Questione giustizia*, 1/2017, pp. 39 ss.

DELITALA G., *Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 4/1956, pp. 645 ss.

DELLA BELLA A., *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2018

DELLA BELLA A., *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2018

DELLA BELLA A., *Il divieto (relativamente assoluto) di trattamenti inumani e degradanti*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G. L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, II, pp. 783 ss.

DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-1993)*, Padova, 1994, p. 73 ss.

DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *RIDPP*, 4/2013, pp. 1654 ss.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, 1979, Padova

DOLCINI E., *La 'rieducazione del condannato' tra mito e realtà*, in *RIDPP*, 1979, pp. 469 ss.

DOLCINI E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del Costituente*, in *Rass. penit. crimin.*, 2005, pp. 69 ss.

DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *RIDPP*, 4/2017, pp. 1500 ss.

DOLCINI E., *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018

DOLCINI E., *A proposito di leggi "svuotacarceri"*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2018

DOLCINI E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018

DOLCINI E., *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *RIDPP*, 3/2018, pp. 1667 ss.

DOLCINI E., *Carcere, problemi vecchi e nuovi. «Se uno cade e si sbuccia un ginocchio ...»*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2018

DOLCINI E., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2018

DOLCINI E., *Il sistema sanzionatorio penale tra minacce di involuzione e l'antidoto offerto dalla Carta costituzionale*, in *RIDPP*, 1/2019, pp. 501 ss.

DOLCINI E., *Pena e costituzione*, in *RIDPP*, 1/2019, pp. 3 ss.

DOLCINI E., *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *RIDPP*, 2/2019, pp. 925 ss.

DOLCINI E.-FASSONE E.-GALLIANI D.-PINTO DE ALBUQUERQUE P.-PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019

EUSEBI L., *Ostativo del "fine pena". Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *RIDPP*, 4/2017, pp. 1517 ss.

FALCONE G., *Cose di Cosa Nostra*, in collaborazione con M. PADOVANI, Milano, 1991

FALCONE G., *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Milano, 2010

FASSONE E., *Fine pena: ora*, Palermo, 2015

FAVERO O., *Cattivi per sempre? Voci dalle carceri: viaggio nei circuiti di Alta Sicurezza*, Torino, 2017

FERRAJOLI L., *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 4/2006, pp. 87 ss.

FERRARI F.M., *Overruling giurisprudenziali delle Corti nazionali e prevedibilità delle modalità esecutive della pena: la Grande Camera, nel caso Rio Prada, amplia il perimetro dell'applicazione dell'art. 7 CEDU, nota a sent. Grande Camera CEDU 21.10.2013, Del Rio Prada c. Spagna*, in <http://www.europeanrights.eu/index.php?lang=ita&funzione=S&op=5&id=914>

FIANDACA G., *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1/1990, pp. 2385 ss.

FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, pp. 95 ss.

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 2014, Bologna, pp. 731-765

FIorentin F., *“Tre colpi e sei fuori”*: una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena, in *RIDPP*, 4/2010, pp. 1879 ss.

FIorentin F., *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia: alcune annotazioni alla luce della prima applicazione della legge n. 45/01*, in *Diritto&Diritti*, 2003

FIorentin F., *Collaborazione “impossibile”*: grava sul condannato l'onere di allegazione delle situazioni di derogabilità alle preclusioni in materia di benefici penitenziari, in *Cass. pen.*, 6/2008, pp. 2567 ss.

FIorentin F., *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis l. n. 354 del 1975*, in *Giur. merito*, 2/2012, pp. 504 ss.

FIorentin F., *La conclusione degli “Stati generali” per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2016

FIorentin F., *La Consulta svela le contraddizioni del “doppio binario penitenziario” e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, in *Giur. Cost.*, 4/2018, pp. 1632 ss.

FIorentin F., *L'ergastolo “ostativo” ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2018

FIorentin F., *La Corte costituzionale “salva” lo sbarramento dell'art. 4-bis ord. penit. (e la discrezionalità del legislatore)*, in *RIDPP*, 3/2019, pp. 1734 ss.

FIorentin F., *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 8/2019, pp. 3056 ss.

FIorentin F., *La Consulta rimodella solo l'istituto previsto per i delitti “ostativi”*, in *Guida al diritto*, 5/2020, pp. 77 ss.

FIorentin F., *Condizioni stringenti per la concessione dei permessi premio*, in *Guida al diritto*, 5/2020, pp. 84 ss.

FIORIO C., *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *Giur. Cost.*, 4/1993, pp. 2505 ss.

FIORIO C., *La stabilizzazione delle "carceri fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 2 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, pp. 395 ss.

FIORIO C., *Il "doppio binario" penitenziario*, in *Arch. pen.*, 1/2018

FIORIO C., *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4-bis ord. penit. tra populismi, realpolitik e rispetto dei valori costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 4/2019, pp. 2156C ss.

FONTANA G., *Torniamo a Beccaria!*, in *Giur. Cost.*, 6/2018, pp. 2889 ss.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976

FRAGASSO B., *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a. In attesa della Consulta (ud. 26 febbraio 2020)*, in *Sistema penale*, 24 febbraio 2020

GALLIANI D., *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *RIDPP*, 3/2018, pp. 1156 ss.

GALLIANI D., *Eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale*, in *Quad. cost.*, 4/2018, pp. 911 ss.

GALLIANI D., *The Right to Hope. La sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium iuris*, 4/2014, pp. 404 ss.

GALLIANI D., *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in www.costituzionalismo.it, 3/2013, pp. 5 ss.

GALLIANI D., *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in DOLCINI E.-FASSONE E.-GALLIANI D.-PINTO DE ALBUQUERQUE P.-PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, pp. 125 ss.

GALLIANI D.-PUGIOTTO A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, pp. 1 ss.

GALLIANI D.-PUGIOTTO A., *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (a proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2019, pp. 191 ss.

GALLUCCIO A., *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Questione Giustizia*, 16 luglio 2018

GARGANI A., *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *RIDPP*, 3/2018, pp. 1488 ss.

GATTA G. L., *Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *RIDPP*, 4/2017, pp. 1496 ss.

GIOSTRA G., *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione giustizia*, 27 giugno 2014

GIOSTRA G., *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018

GIOSTRA G., *Questo cane è un leone. Questo naufragio è una crociera...*, in *Il Dubbio*, 4 dicembre 2018

GORLA G., *L'interpretazione del diritto* (1941), Milano, 2003

GOZZINI M., *Carcere perché carcere come. Italia 1975-1987*, Firenze, 1988

GREVI V., *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-1993)*, Padova, 1994, pp. 3 ss.

INZERILLO G., *Le "restrizioni" carcerarie nei confronti di imputati e detenuti non collaboratori con la giustizia al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 5/1997, pp. 3127 ss.

IOVINO F.P.C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata. Brevi note sul d.l. 13.5.1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 203*, in *Cass. pen.*, 1/1992, pp. 438 ss.

JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI- M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, pp. 6 ss.

KALICA E., *La pena di morte viva. Ergastolo, 41 bis e diritto penale del nemico*, Milano, 2019

LATTANZI G., *Costituzione e carcere. Il "viaggio nelle carceri" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018

LAZZERI F., *4-bis, "spazzacorrotti" e censure di incostituzionalità per irragionevolezza: depositata l'ordinanza di restituzione degli atti*, in *Sistema penale*, 13 marzo 2020

LEO G., *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011

LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. GAROFOLI-T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani*, Roma, 2014, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014

LEO G., *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2017

LEO G., *Detenzione domiciliare ordinaria: non illegittima la preclusione per i reati di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Sistema penale*, 16 marzo 2020

LIPTON D.S.-MARTINSON R.-WILKS J., *The Effectiveness of Correctional Treatment: a Survey of Treatment Evaluation Studies*, New York, 1975

MACCHIA S., *31.12.9999: il tempo capovolto. L'ergastolo e i rovesciamenti di senso*, Tesi finale del Master di II livello in Diritto penitenziario e Costituzione, Università di Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza, Anno Accademico 2013/2014

MANCA V., *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2/2019

MANCA V., *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge "spazza-corrotti")*, in *Arch. pen.*, 2/2019

MANCONI L.-TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Bologna, 2015

MANCONI L.-ANASTASIA S.-CALDERONE V.-RESTA F., *Abolire il carcere*, Milano, 2015

MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2011

MANES V., *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, pp. 105 ss.

MANES V., *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, pp. 86 ss.

MARCHESELLI A.-LOMBARDO M., *Sub art. 58-ter Ord. penit.*, in A. GAITO-M. RONCO, *Leggi penali complementari commentate*, Torino, 2009, pp. 812 ss.

MARGARA A., *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione Giustizia*, 5/2009, pp. 89 ss.

MARTIN F., *La spazzacorrotti al vaglio della Consulta: una decisione annunciata*, in *Giur. pen. web*, 3/2020

MARTINI A., *D.l. 8.6.1992 n. 206 – art. 15*, in *Legislazione penale*, 1993, pp. 187 ss.

MASERA L., *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella c.d. legge Spazzacorrotti*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019

MAURI D., *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia*, in *SIDIBlog*, 20 giugno 2019

MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013

MAZZACUVA F., *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2016

MAZZAROLLI L.A., *Il Giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000

MELOSSI D.-PAVARINI M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977

MILAZZO L., *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Torino, 2018

MODONA G.N., *Profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *RIDPP*, 4/2017, pp. 1509 ss.

MONTAGNA M., *Osservazioni sullo status di "pentito" quale presupposto per i benefici penitenziari*, in *Rassegna giuridica umbra*, 1994, pp. 798 ss.

MORI M.S.-ALBERTA V., *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giur. pen. Web*, 6/2019

MOSCONI G., *Tempo sociale e tempo del carcere*, in *Sociologia del Diritto*, 2/1996, pp. 89 ss.

MUSUMECI C.-FERRARO G., *L'assassino dei sogni. Lettere fra un filosofo e un ergastolano*, a cura di F. DE CAROLIS, Viterbo, 2014

MUSUMECI C.-PUGIOTTO A., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016

NEPPI MODONA G., *Ergastolo ostativo. Profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *RIDPP*, 4/2017, pp. 1509 ss.

PACE L., *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *costituzionalismo.it*, 2/2015

PACE L., *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO-S. TALLINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, pp. 393 ss.

PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *RIDPP*, 2/1981, pp. 529 ss.

PADOVANI T., *La pena carceraria*, Pisa, 2014

PADOVANI T., *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3/2018, p. 9.

PALAZZO F., *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G. L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, I, pp. 513 ss.

PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018

PASSIONE M., *Vecchie e nuove preclusioni*, in *Giur. pen. web*, 3/2019

PELISSERO M., *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *RIDPP*, 3/2018 pp. 1359 ss.

PELISSERO M., *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*, 21 giugno 2019

PISANI M., *La pena dell'ergastolo*, in *RIDPP*, 2/2016, pp. 575 ss.

PRESUTTI A., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986

PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014

PUGIOTTO A., *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, in *RIDPP*, 4/2017, pp. 1518 ss.

PUGIOTTO A., *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. cost.*, 4/2018, pp. 1632 ss.

PUGIOTTO A., *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in DOLCINI E.-FASSONE E.-GALLIANI D.-PINTO DE ALBUQUERQUE P.-PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, pp. 101 ss.

PUGIOTTO A., *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in DOLCINI E.-FASSONE E.-GALLIANI D.-PINTO DE ALBUQUERQUE P.-PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, pp. 79 ss.

PULITANÒ D., *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2019

PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 123 ss.

RICCI A., *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo"*, Padova, 2013

RIDOLA P., *Il principio di libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018

RISICATO L., *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *RIDPP*, 3/2015, pp. 1244 ss.

ROMANO M.-STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, Bologna

ROMANO G., *Collaboratori di giustizia e benefici penitenziari*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, pp. 245 ss.

RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002

RUOTOLO M., *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in *Diritto pubblico*, 2/2014, pp. 669 ss.

SAMMARCO A., *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria (il procedimento di sorveglianza ex artt. 4-bis e 58-ter l. 26 luglio 1975 n. 354)*, in *RIDPP*, 1994, pp. 871

SANTINI S., *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2019

SATTA S., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 218 ss.

SECHREST L., *The Rehabilitation of Criminal Offenders: Problems and Prospects*, Washington, 1979

SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008

SIRACUSANO F., *"Cronaca di una morte annunciata": l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della "riforma tradita"*, in *Arch. pen.*, 3/2019

TRAPANI M., *La rieducazione del condannato tra «ideologia correzionalistica» del trattamento e «garanzie» costituzionali di legalità e sicurezza*, in *RIDPP*, 2018, pp. 1692 ss.

VALENTINO N., *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Roma, 2012

VAN ZYL SMIT D.-APPLETON C., *Life imprisonment. A global human rights analysis*, London, 2019

VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, Milano, 1961

VERRI P., *Osservazioni sulla tortura*, Milano, 1985

VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016