

BIANCAMARIA SPRICIGO

LA “RIFLESSIONE CRITICA SUL REATO” E
L’AUTOMATISMO OSTATIVO DELL’ART. 4-BIS O.P.

SOMMARIO: 1. Preambolo: la ‘riflessione critica sul reato’. – 2. La richiesta di affidamento del condannato per reati ostativi: sull’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Roma del 20 dicembre 2013. – 3. La premialità come contropartita della collaborazione di giustizia: fuori dalle logiche della ‘riflessione critica sul reato’. – 4. La discrepanza tra ‘riflessione critica sul reato’ e collaborazione di giustizia: rischi di una ‘pretesa’ autoaccusatoria. – 5. Le possibili vie di responsabilizzazione e prevenzione sociale: la recente proposta legislativa della Commissione Palazzo.

1. *Preambolo: la ‘riflessione critica sul reato’*

I contenuti dell’esecuzione penale sono definiti dal legislatore all’art. 13 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, da ora O.P.), a mente del quale il trattamento individualizzato – rispondente «ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto» – deve fondarsi su «l’osservazione scientifica della personalità». Il regolamento di cui al d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (*Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, da ora reg. es.), ha contribuito alla definizione della ‘osservazione scientifica della personalità’, affrancandola da un contenuto di carattere clinico¹ attraverso il rinvio al concetto, maggiormente dialogico, di ‘riflessione critica’ sull’illecito penale commesso: formula la quale, già prima di essere positivizzata (art. 27, comma 1, reg. es.), era stata oggetto di elaborazione da parte di alcune sentenze della Suprema Corte, sulla base di una lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle disposizioni penitenziarie².

La *riflessione critica sul reato* richiede che l’organo giudicante (*i.e.* Tribunale di Sorveglianza, Magistrato di Sorveglianza), ai vari livelli valutativi innescati dalle istanze di applicazione dei benefici penitenziari, verifichi a quale grado di rielaborazione dei propri trascorsi criminosi sia pervenuta la persona che si prepara – a

¹ Sul c.d. «modello medico» e l’annessa logica trattamentale cfr. L. DAGA, *Trattamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 1318.

² Cfr. Cass. pen., sez. I, 11 aprile-25 giugno 1996, n. 2407, in *Ced Cass.* 205165; Cass. pen., sez. I, 13 ottobre-29 novembre 1995, n. 5006, in *Ced Cass.* 202868; Cass. pen., sez. I, 24 giugno-31 luglio 1991, n. 2834, in *Ced Cass.* 188058/9.

seconda della misura richiesta – a far gradualmente rientro nella società. Essa consiste nel *ri-pensare, all'interno di un dialogo volontario e libero con gli operatori dell'amministrazione penitenziaria, alle condotte antiggiuridiche e colpevoli, alle motivazioni che hanno fondato la decisione delinquenziale e alle conseguenze che da ciò sono derivate a sé, alla propria famiglia e alla comunità, ma prima ancora alla persona offesa* (cfr. artt. 27, comma 1, e 118, comma 8, reg. es.).

In questa prospettiva e proprio in forza del richiamo alla persona offesa³, si sta via via affermando uno spazio a partecipazione libera e consensuale da parte del condannato per iniziative di giustizia riparativa: spazio fornito – grazie a un accorto orientamento della giurisprudenza – dalle norme relative all'affidamento in prova (art. 47, comma 7, O.P.) e alla liberazione condizionale (art. 176 c.p.)⁴, che consentono di intersecare esecuzione penale e mediazione (quest'ultima quale *species* del *genus restorative justice*), attraverso programmi rigorosamente improntati al pieno rispetto delle prerogative di tutte le parti, e in particolar modo delle vittime⁵. Sicché, come in altri ordinamenti⁶, la giustizia riparativa è giunta a proporsi quale strumento in grado di valorizzare il singolo percorso di riflessione, che potenzialmente può così includere un'attività di sensibilizzazione orientata allo svolgimento

³ Il richiamo alla persona offesa non si coglie solo in alcune norme degli istituti di diritto penitenziario, ma anche nella sentenza della Corte costituzionale del 2001, n. 138, che 'rifonda' il senso della pena in una prospettiva ispirata al principio solidaristico, con specifico riferimento alla vittima del reato: Corte cost., 9-17 maggio 2001, n. 138, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1107.

⁴ In argomento cfr. G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 838 ss.; E. BENEDETTI, G. PISAPIA, *Comma 7. La prescrizione a favore della vittima del reato nell'affidamento in prova al servizio sociale*, in G. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, 2000, pp. 181 ss.; L. MONTEVERDE, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza*, in *Minorigiustizia*, 1999, pp. 86 ss.

⁵ In tema di tutela dei diritti delle vittime si veda la disciplina europea: *Minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime*, Direttiva 2012/29/EU del Parlamento e del Consiglio europei, spec. art. 12 (*Right to safeguards in the context of restorative justice services*); *Roadmap for strengthening the rights and protection of victims, in particular in criminal proceedings*, Risoluzione 2011/C 187/01 del Consiglio europeo.

⁶ Nel panorama internazionale non è nuova l'ipotesi di programmi di giustizia riparativa per adulti in carcere: cfr. sull'attuale situazione in Ungheria, Inghilterra, Germania e Belgio T. BARABÁS, B. FELLEGI, S. WINDT (a cura di), *Responsibility-taking, Relationship-building and Restoration in Prison. Mediation and Restorative Justice in Prison Settings*, Budapest, 2012, e per un'analisi comparata diffusa G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003. Per ulteriori approfondimenti si vedano, inoltre, M.K. DHAMI, G. MANTLE, D. FOX, *Restorative justice in prison*, in *Contemporary Justice Review*, 2012, pp. 433 ss.; O. HAGEMANN, *Restorative justice in prison?*, in L. WALGRAVE (a cura di), *Repositioning Restorative Justice*, Cullompton, 2003, p. 231.

di un incontro e, dunque, a un «*agire cooperativo*» concernente «reo, vittima, giudice e comunità»⁷.

La riflessione critica, con le linee evolutive qui accennate, può essere considerata il precipitato del principio di rieducazione nella fase esecutiva, in quanto passaggio ormai obbligato per l'amministrazione penitenziaria. Quest'ultima, infatti, è chiamata a *offrire* una possibilità di dialogo all'autore del reato, nell'ottica di un diritto penale che fuori o dentro il carcere cerchi comunque e prima di tutto di perseguire, sulla base del consenso (necessariamente libero), un'adesione ai precetti⁸.

Tuttavia la disciplina penitenziaria non si presenta omogenea⁹: nel 1991, in una delle più acute 'oscillazioni del pendolo'¹⁰ orientate a una politica di «differenziazione» dei detenuti e di «frantumazione dei percorsi alternativi»¹¹, venne introdotta la categoria dei reati c.d. 'ostativi'¹², elencati all'4-bis O.P., «norma simbolo» della

⁷ Cfr. G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1472.

⁸ Sul consenso alle norme e la correlata dimensione preventiva si vedano: L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1307 ss.; ID., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1159 ss.; ID., *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, pp. 273 ss., spec. pp. 284 s., nonché in S. ARMELLINI, G. DI GIANDOMENICO (a cura di), *Ripensare la premialità*, Torino, 2002, pp. 81 ss.; G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1108 ss.; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in ID. (a cura di), *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, Milano, 2000, p. 728; C. MAZZUCATO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, 2005; ID., *Dal buio delle pene alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006, pp. 63 ss., 87 ss.; ID., *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, in AA.VV., *DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI PIACENZA, Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari. Quaderni Dipartimento scienze giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore, Piacenza*, Tricase, 2010, pp. 135 ss.; ID., *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 408 ss.; G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale*, cit., pp. 841 ss.

⁹ A tal proposito in dottrina si parla di 'doppio binario' con riferimento al circuito penitenziario di cui agli artt. 4-bis e 41-bis O.P., per tutti si rinvia a M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2010, p. 486.

¹⁰ Sul concetto di 'pendolo' si leggano le frasi sempre attuali di G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale* (1974), in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 50.

¹¹ Cfr., per tutti, M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, 1996, II ed. aggiornata, p. 250.

¹² Per un'analisi dettagliata della disciplina dei reati c.d. 'ostativi', corredata dalla descrizione delle novelle legislative succedutesi negli anni, si rinvia ai seguenti commenti: C. CESARI, G. GIOSTRA, *sub art. 4-bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, Padova, 2011, pp. 47 ss.; C. CESARI, *sub art. 58-ter, ivi*, pp. 845 ss.; C. FIORIO, *sub art. 4-*

legislazione d'emergenza¹³. Motivazioni di carattere investigativo indussero il legislatore a comporre una disciplina «diverge[nte] dai dettami costituzionali di una pena che deve tendere alla rieducazione del reo, di un procedimento di sorveglianza di natura “giurisdizionale” in cui sia salvaguardato il diritto di difesa del detenuto, di una posizione di sostanziale ed oggettiva uguaglianza tra coloro che sono comunque assoggettati ad una sentenza penale di condanna»¹⁴.

Sorge spontanea allora una domanda: fino a che punto il legislatore ha avvilito gli spazi di riflessione critica sull'illecito per gli autori dei reati ostativi? Ebbene, la vicenda che si andrà brevemente a esporre nel prossimo paragrafo sollecita a tal proposito considerazioni sul delicato equilibrio tra le esigenze di sicurezza della collettività e le garanzie che ogni Stato sociale e democratico deve riservare ai soggetti nei confronti dei quali vengano applicati provvedimenti limitativi della libertà personale (cfr. artt. 2, 3, 13, comma 4, 27, comma 3, 32 Cost.).

2. *La richiesta di affidamento del condannato per reati ostativi: sull'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Roma del 20 dicembre 2013*

La complessa vicenda di cui all'intitolazione del paragrafo – riguardante un politico italiano che al momento dei fatti rivestiva una posizione di vertice a livello regionale – rileverà in questa sede con riguardo alle conseguenze che sul piano penitenziario sono derivate dalla condanna per i reati di rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio e favoreggiamento (art. 326 e 378, commi 1 e 2, c.p.) aggravati ex art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. con mod. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203), in quanto commessi, secondo le conclusioni giudiziarie, «al fine di agevolare l'attività dell'organizzazione mafiosa Cosa Nostra»: condanna determinata in 6 anni di reclusione (all'anno di reclusione inflitto per la continuazione dei restanti capi d'imputazione è stato applicato l'indulto) e tale da configurarsi ostativa rispetto alla fruibilità dei benefici penitenziari ex art. 4-bis, comma 1, O.P.

Non s'intende qui certamente condurre un'analisi del caso specifico, il quale richiede riflessioni ben più articolate e ampie; piuttosto, si vorrebbe mettere in risalto i punti di tensione tra la disciplina di settore, in ambito esecutivo, e i principi gene-

bis, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, tomo III, Milano, 2010, pp. 10166 ss.; R. FONTI, *sub art. 58-ter*, *ivi*, pp. 10641 ss.

¹³ Così definita da B. GUAZZALOCCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 129, 132 ss.

¹⁴ M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, cit., p. 258. Pone in risalto la «svalutazione della funzione rieducativa della pena» operata dalla disciplina in esame anche C. FIORIO, *sub art. 4-bis*, cit., pp. 10177 s.

rali che regolano il diritto penitenziario. Giova a questo scopo scandire in sintesi i passaggi argomentativi dell'ordinanza citata (cui si farà rinvio attraverso il riferimento alla pagina del testo depositato in cancelleria e, a quanto consta, finora inedito).

Ebbene, per superare il «divieto assoluto di concessione dei benefici penitenziari» – introdotto allo scopo di «contrastare il fenomeno criminale mafioso» – occorre, secondo la Corte, che sia stata posta in essere, a opera del condannato per reati ostativi, una condotta collaborativa possibile ed esigibile, come disciplinato dagli artt. 4-bis, commi 1 e 1-bis, e 58-ter O.P.¹⁵, anche ove questi abbia agito per agevolare l'associazione senza farne parte, come nel caso qui considerato¹⁶ (p. 4). Inoltre, secondo l'orientamento della Suprema Corte sull'esigibilità della condotta collaborativa, richiamato nella pronuncia in esame, sono a tal fine ritenuti valutabili solo gli elementi «relativi a fatti contestati nel giudizio di merito ed alle responsabilità individuali definitivamente accertate ovvero escluse» (pp. 5-6), ma tra questi la collaborazione «deve riguardare non solo il reato ostativo alla concessione del beneficio», bensì anche «gli altri reati cumulati non ricompresi nell'art. 4-bis O.P.», «in ossequio all'unicità del reato continuato ed alla *ratio legis* sottesa all'art. 4-bis O.P., norma con la quale si intende rimuovere l'ostacolo all'accesso ai benefici penitenziari per i soggetti che hanno tenuto un ravvedimento operoso manifestando una volontà di emenda» (p. 11)¹⁷.

I componenti del Tribunale di Sorveglianza si sono trovati a questo punto dinanzi a elementi di prova alquanto contraddittori: da un lato, (a) la *nota della Direzione Nazionale Antimafia competente* (ex art. 58-ter, comma 2, O.P.), secondo cui il condannato «non ha mai reso dichiarazioni autoaccusatorie e men che meno utili alla ricostruzione dei fatti per i quali è stato giudicato» e non ha «mai collaborato con l'autorità giudiziaria per tali fatti, con ciò non consentendo la completa identificazione della catena di trasmissione delle informazioni»; (b) la *nota informativa del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica di Palermo*¹⁸ (ex art.

¹⁵ Si parla in dottrina di «un contributo processuale allo smantellamento di un'organizzazione, di un reato associativo, di un collegamento criminoso esterno al fatto commesso che può perdurare oltre il fatto stesso; è una risposta che mira alla *neutralizzazione*, non tanto della singola condotta ma del contesto criminoso nel quale si inserisce»: così M. DONINI, *Logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Torino, 2011, p. 929.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. I, 26 giugno-27 luglio 1992, n. 3083, in *Ced Cass.* 191924.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, 28 ottobre-12 novembre 1996, n. 5606, in *Ced Cass.* 205998.

¹⁸ Sul costante orientamento giurisprudenziale di legittimità in merito al carattere non vincolante dei pareri del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica si veda M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, cit., pp. 253 ss.; i Magistrati di Sorveglianza sono tenuti a valutare tutti gli elementi di prova dedotti dalle informative di polizia e dalle deduzioni della difesa, avendo l'obbligo di motivare puntualmente la decisione nel caso scelgano di discostarsi dall'opinione espressa dal Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza (ex plurimis v. Cass. pen., sez. I, 27 gennaio-3 marzo 1992,

4-bis, comma 2, O.P.), di parere contrario alla concedibilità dei benefici «non ricorrendo, allo stato, elementi informativi e/o investigativi che depongano per la cessazione dei suddetti legami [...]», e secondo cui il condannato potrebbe «costituire un pericolo per la sicurezza» (p. 5); nonché (c) le valutazioni conclusive riportate nella sentenza di condanna secondo cui l'interessato aveva tenuto un «comportamento processuale per nulla collaborante», arrivando a negare «pervicacemente di aver mai ricevuto e/o rivelato notizie segrete», condotta processuale qualificata dal giudice di cognizione «pessim[a] e reiterat[a]» (p. 12); dall'altro lato, (a) la *nota informativa del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica di Roma*, che manifestava il *nulla osta* alla concessione del beneficio (p. 5); e, infine, (b) la *relazione di sintesi* degli operatori penitenziari, ai sensi della quale il condannato si sarebbe presentato quale «soggetto collaborativo e desideroso di condividere la propria storia»: «[l]a ricostruzione critica della vicende che lo hanno portato alla detenzione», vi si precisa, «sembra sufficientemente compiuta ed acquisita»; «[l]'adattamento alla vita detentiva ha comportato un grosso sforzo elaborativo» e «al tempo stesso ha rappresentato un campo esperienziale prezioso per il rafforzamento del cambiamento etico e dell'ideale dell'Io che si è verificato» (p. 12).

A fronte del sopra esposto quadro probatorio, i giudici del Tribunale di Sorveglianza di Roma hanno concluso per l'insufficienza degli «elementi personologici» messi in risalto nella relazione di sintesi, statuendo che la concessione dei benefici segue l'accertamento di un «percorso di emenda [...] reale, effettivo, pieno, fino a tradursi in “attività di collaborazione”»; il che risulterebbe «tanto più vero nella fattispecie in cui, come messo in evidenza dai giudici del I grado[,] “[i]l contesto nel quale si sono verificati i fatti riguarda un'area grigia nella quale opera indisturbato un intreccio perverso tra interessi politici, economici, mafiosi ed affaristici che ha come protagonisti soggetti che quasi mai le indagini riescono ad attingere e che, pertanto, agiscono in condizioni di sostanziale impunità”» (pp. 12-13). Ne discende, in sostanza, una presunzione di mancata rieducazione, derivante dall'assenza di attività collaborativa.

3. *La premialità come contropartita della collaborazione di giustizia: fuori dalle logiche della 'riflessione critica sul reato'*

Dalla sentenza in commento sembrano emergere sostanzialmente due delicati nuclei tematici: (a) *l'ostatività quale automatismo discriminatorio e la connessa premialità come 'ricatto'*, ossia quale sollecito cogente alla delazione, e (b)

n. 365, in *Ced Cass.* 189236 e in *Riv. pen.*, 1993, p. 111; *Cass. pen.*, sez. I, 20 gennaio-28 febbraio 1992, n. 213, in *Ced Cass.* 189278 e in *Cass. pen.*, 1993, p. 1550).

l'inaccettabile equivalenza tra riflessione critica sul reato e collaborazione processuale, col rischio di 'pretese' autoaccusatorie.

Quanto al capitolo dei meccanismi premiali, cui ci si dedicherà nel presente paragrafo (rinviando al secondo l'altra questione), risulta necessaria una precisazione. Infatti, la base di partenza delle riflessioni che seguiranno sta proprio nella constatazione della scelta legislativa di applicare «un trattamento penitenziario improntato alla presunzione di inidoneità» circa gli autori di «determinate tipologie di reato», ai quali viene riconosciuta di *default* una «particolare pericolosità sociale», salvo il fornire «prove certe ed inconfutabili di non collegamenti attuali con la criminalità organizzata»¹⁹. E già qui si nota uno scostamento dai criteri generali dell'ordinamento, per mezzo dell'introduzione di una «presunzione *iuris et de iure* di non avvenuta rieducazione per il mero persistere della condotta non collaborante, in palese contrasto col rilievo che dev'essere attribuito al conseguimento del fine rieducativo ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost.»²⁰.

Venendo, peraltro, al *focus* dell'analisi sul sistema premiale disegnato dal legislatore degli artt. 4-bis e 58-ter O.P., occorre innanzitutto porre in evidenza come la *premialità* rappresenti una caratteristica «immanente» del sistema penitenziario disciplinare. A questo proposito giova richiamare una delle possibili classificazioni prospettate dagli interpreti con riferimento al concetto di 'premio' nella disciplina dell'esecuzione penale: «premialità come *mezzo di gestione del carcere*»; «premialità-rieducazione»; premialità come contropartita della collaborazione di giustizia

¹⁹ Così M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, cit., p. 251. V. anche B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva*, cit., pp. 148 s.; P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, pp. 36 s. Cfr., inoltre, C. CESARI, G. GIOSTRA, *sub art. 4-bis*, cit., pp. 58 s.

²⁰ Così L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 1221 s., secondo il quale, per ovviare all'incostituzionalità della norma, il giudice competente dovrebbe poter «valutare – secondo una lettura costituzionalmente compatibile dell'art. 4-bis O.P. – se sussistano circostanze che escludano la rilevanza in concreto dell'indisponibilità a collaborare da parte del detenuto quale indizio di non avvenuta rieducazione»; in senso aderente si presentano le conclusioni della COMMISSIONE PER ELABORARE PROPOSTE DI INTERVENTI IN TEMA DI SISTEMA SANZIONATORIO PENALE istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, nella *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 19 febbraio 2014. Si esprime con toni critici anche la Corte costituzionale nella sentenza 11 giugno-8 luglio 1993, n. 306 (par. 10-11), ove parla di «una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena», pur avendo poi deciso in formale ossequio alla scelta legislativa ispirata da asserite esigenze generalpreventive e di difesa sociale (in *Giur. cost.*, 1993, p. 2498, con note di C. FIORIO e M. MARGARITELLI); cfr., inoltre, Corte cost., 5-20 luglio 2001, n. 273, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2288.

ex art. 58-ter O.P.²¹. Proprio con riferimento a quest'ultima declinazione dei meccanismi premiali, un'accorta dottrina ha parlato di *tecnica di controllo sociale contraddittoria*, posto che in questi casi ci s'imbatta in «una tecnica di incoraggiamento attraverso incentivi di riduzione di pena, del tutto diversa dalla tecnica dello scoraggiamento di comportamenti attraverso la minaccia di pene»: due modelli – l'uno «repressivo», l'altro «incentivante» – paradossalmente accumulati²².

Dunque, considerata la premialità nella forma della legislazione di emergenza, riprendendo anche considerazioni dottrinali concernenti la fase processuale, sembra potersi convenire con chi afferma che, fra le teorie tradizionalmente proposte a giustificazione del diritto penale, nessuna appare da sola adeguata «a fondare con sufficiente tranquillità il premio per la collaborazione di giustizia: né la retribuzione né la prevenzione generale né la prevenzione speciale», «anche se entro certi limiti e per certi profili possono venire in qualche modo in considerazione»²³.

Il meccanismo premiale – si è sostenuto – appare addirittura (quasi) incompatibile con le posizioni retribuzioniste²⁴, mentre si presta a costituire in qualche modo il ricettacolo delle esigenze di difesa sociale e delle inclinazioni generalpreventive fondate sulla logica del *diritto penale di lotta*²⁵. Le istanze di tutela verrebbero in tal senso perseguite *in primis* mediante le tecniche di prevenzione generale e, in aggiunta, secondo meccanismi di prevenzione speciale negativa: dalla collabora-

²¹ Per maggiori approfondimenti si veda C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione*, Milano, 2002, pp. 337 ss., con il quale si rinvia a A. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, pp. 11 ss. Inoltre, si veda L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità*, cit., pp. 276 ss., il quale segnala come le disposizioni sulla «collaborazione alle attività d'indagine» integrino una «strategia promozionale molto delicata, che mira soprattutto a favorire le chiamate in correità» (*ivi*, p. 277).

²² Così si è espresso Eligio Resta con riferimento alla legislazione premiale contro il terrorismo interno dei c.d. 'anni di piombo': E. RESTA, *Il diritto penale premiale: «Nuove» strategie di controllo sociale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 42; cfr. in argomento anche F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, pp. 445 ss.

²³ E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 608.

²⁴ Mentre il meccanismo premiale si dimostra incompatibile rispetto alla teoria assoluta della retribuzione, lo stesso potrebbe non risultare estraneo alle posizioni neoretributive, per una disamina di detti orientamenti cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione*, cit., pp. 358-362, 460-471. Mette in risalto la inconciliabilità tra sistema premiale e retribuzione E. MUSCO, *La premialità*, cit., p. 599, il quale esorta a leggere nel rinvio al tema premio-retribuzione una più profonda e preoccupante «rottura di un altro e più generale principio», quello appunto «di proporzione».

²⁵ Si accoglie qui la distinzione tra *diritto penale del nemico* e *diritto penale di lotta*, ritenendo il primo «un'espressione giuridicamente illegittima» («violenza, non diritto, o diritto illegittimo»), mentre il secondo «una realtà e un concetto normativi ufficiali dell'Unione europea, peraltro suscettibili di diventare una forma di diritto penale del nemico, soprattutto nell'uso concreto che se ne può fare, al pari, del resto, dello stesso diritto penale ordinario»: M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, pp. 20 ss., spec. pp. 39-43. Sul *diritto penale del nemico* si rinvia, per ulteriori approfondimenti, a ID., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 694 ss.

zione dell'autore di reato deriverebbe una maggiore intimidazione nei confronti dei criminali o dei potenziali aspiranti, ma anche una maggiore fiducia da parte dei consociati nella capacità delle agenzie di controllo di contrastare il fenomeno criminale²⁶; ove invece non venisse raccolto l'invito a collaborare, l'ordinamento, presumendo non risocializzabile l'autore del reato, provvederebbe a rendere più rigida la disciplina esecutiva (così da applicare la pena come *neutralizzazione*)²⁷.

Quanto al profilo della prevenzione speciale positiva, ex art. 27, comma 3, Cost., si potrebbe considerarlo a prima vista quale vero e proprio fondamento del sistema premiale, apparendo quest'ultimo «un autentico potenziamento» delle politiche specialpreventive. Tuttavia, «che le condotte di post-fatto vadano di solito osservate nell'ottica della prevenzione speciale non può autenticamente significare che una determinata condotta sia necessariamente, *sic et simpliciter*, da collocarsi e da interpretarsi in quella chiave»²⁸. Occorre prendere atto, infatti, dell'attrito tra il sistema premiale volto alla collaborazione di giustizia, qui considerato, e la declinazione *positiva* della prevenzione speciale²⁹. A meno di *presumere* (o *fingere*) che nella collaborazione vi sia un principio di adesione ai valori dell'ordinamento: as-

²⁶ Del vero, la relazione premio-prevenzione generale è controversa in dottrina, in quanto gli incentivi alla collaborazione processuale potrebbero in taluni casi comportare «una minore remora a commettere determinati reati, in relazione ai quali i potenziali autori sanno, anticipatamente, di poter beneficiare, in caso di collaborazione *post delictum*» di una disciplina di favore, oltre al fatto che possono indebolire la coscienza giuridica dei consociati: cfr. per una panoramica in argomento C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione*, cit., pp. 471 ss. Infatti, sul piano della prevenzione generale una legislazione di emergenza comporta, da un lato, il perseguimento di un «effetto di rassicurazione della collettività», ma da un altro versante innesca il rischio di «effetti criminogeni vistosi»: F. STELLA, *La tutela penale della società*, in *Iustitia*, 1981, pp. 332-336. Cfr. inoltre D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 1018 ss., 1032 ss., il quale individua in declinazioni generalpreventive sia l'obiettivo principale della legislazione premiale legata al fenomeno del terrorismo interno – nella forma del «rafforzamento della funzionalità repressiva della giustizia penale» –, sia il «limite sistematico» di tali strumenti normativi.

²⁷ A favore di una lettura ispirata a prevenzione generale e difesa sociale, tra i vari, in termini critici, si vedano M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, cit., p. 258; P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., pp. 39 s., in senso più possibilista C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione*, cit., pp. 358 ss., 460 ss., il quale esprime una posizione favorevole all'impiego di quei soli meccanismi premiali migliorativi della disciplina penitenziaria per il collaborante e non peggiorativi per colui che non collabora (*ivi*, p. 364), ciò anche al fine di evitare che si utilizzino «per fini di prevenzione generale [...] benefici, penitenziari e non, modellati secondo una logica specialpreventiva» (*ivi*, p. 362). Si veda inoltre M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono*, cit., p. 921, secondo il quale la «collaborazione processuale», a qualsiasi livello attuata (dalla fase delle indagini a quella esecutiva), ha assunto le forme di «un modello normativo (la legittimazione di quello che altrimenti sarebbe un ricatto) che ha conosciuto varie estensioni applicative».

²⁸ Così E. MUSCO, *La premialità*, cit., p. 601; v. anche L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità*, cit., p. 274.

²⁹ Cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono*, cit., p. 922; L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., pp. 1221 ss., e del medesimo Autore per un approfondimento sulle funzioni della pena v. ID., *La pena in "crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990.

sunto tutto da dimostrare, posto che la scelta collaborativa di fronte a un *diritto penitenziario di lotta* rappresenta l'unica alternativa possibile a una modificazione *in pejus* delle condizioni penitenziarie. Dunque, non è tanto la possibilità di ricollegare effetti di favore a condotte collaborative susseguenti alla commissione del fatto (e in alcuni casi alla sentenza di condanna) che risulta di per sé inconciliabile con la prevenzione speciale positiva, quanto piuttosto l'*automatismo* del meccanismo premiale, insieme al complementare ingranaggio ostativo, che coinvolge il soggetto non collaborante³⁰.

Con specifico riguardo, poi, a una fase esecutiva così rimodellata, la pena, oltre a superare la logica retributiva classica³¹ (che dovrebbe essere estromessa per ragioni di fondo e non in quanto si perseguano fini strumentali, di carattere investigativo, come quelli sottesi alla collaborazione di giustizia), acquisisce i contorni di «neutralizzazioni e collaborazioni coatte». Sicché, l'ordinamento s'incaglia in una «camuffata» logica di «ravvedimento “operoso” *post-delictum*», «oscillando *tra il diritto di lotta e il diritto penale del nemico*»³², e la sanzione penale finisce per assumere «una inequivoca funzione di incentivo alla collaborazione processuale», esorbitante rispetto «alla finalità rieducativa costituzionalmente imposta»³³. In sintesi, scavalcando qualsiasi «valore etico-sociale», la disciplina riferibile alla collaborazione di giustizia del condannato si riduce a «promuovere legalmente – non senza riserve dal punto di vista della funzione di indirizzo comportamentale che compete al diritto – un meccanismo in cui il vantaggio di un individuo viene *tout court* ottenuto attraverso il danno di un altro», mentre sullo sfondo la pena «resta per sé costruita come inflizione di un *male*» (senza peraltro dimenticare che «la legge non ritiene, salvo poche eccezioni, di fissare obblighi di denuncia per il cittadino»)»³⁴.

³⁰ Cfr. E. MUSCO, *La premialità*, cit., p. 124; C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione*, cit., pp. 478-486; B. GUZZALOCA, *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 136.

³¹ Cfr. in questo senso C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione*, cit., p. 486., il quale peraltro fa notare come «nei confronti degli autori individuati e puniti grazie al collaboratore di giustizia, il premio consente l'applicazione di una pena tendenzialmente conforme ad esigenze retributive».

³² M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono*, cit., p. 951; inoltre, cfr., *supra*, nota 25.

³³ L. FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una controriforma che urta con la Costituzione e con la Convenzione Europea*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 30, ove l'Autore ipotizza anche una lesione della libertà morale della persona, tutelata dall'art. 188 c.p.p. attraverso il divieto di «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione». Si è, infatti, parlato in dottrina di «un efficace meccanismo di sollecitazione verso la collaborazione investigativa che fa leva sul raffinato gioco degli inasprimenti e degli allentamenti punitivi»: A. PRE-SUTTI, «Alternative» al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale, in ID. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, pp. 63 s., 83 ss.

³⁴ Così L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità*, cit., p. 277; v. anche ID., *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1223, ove l'Autore parla di «una costrizione all'agire utilitaristico» che per certi versi può essere considerata «inesigibile».

Inoltre, il contrasto con la Costituzione della disciplina di cui all'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis, O.P., in combinato con l'art. 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, assume profili «specifici e particolarmente drammatici» nei confronti dei detenuti condannati all'ergastolo: «effetti che si sostanziano nella reviviscenza, in mancanza di collaborazione, di una reclusione a vita senza alcuna speranza del fine pena, né di modificazioni del regime esecutivo»³⁵. Tale aspetto, posto in evidenza in termini critici da sensibile dottrina³⁶ e dalla *Commissione Palazzo* (v., *supra*, nota 20) nella recente *Proposta di modifica* della sopraccitata disciplina, si pone in palese antitesi rispetto alla sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 9 luglio 2013 (*Vinter e altri c. Regno Unito*), mediante la quale i giudici di Strasburgo hanno dichiarato l'incompatibilità della pena perpetua senza prospettive di liberazione con il principio di cui all'art. 3 Cedu (divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti) e riconosciuto la sussistenza di «un chiaro supporto in Europa e nel diritto internazionale a favore del principio per cui a tutti i detenuti, compresi gli ergastolani, sia offerta la possibilità di *rehabilitation* e la prospettiva di un *release*, nel caso in cui un percorso rieducativo si venga a realizzare»³⁷.

Da ciò discende, con le parole della *Commissione Palazzo*, che una disciplina come quella considerata sin qui, «la quale impedisce al Tribunale di sorveglianza una valutazione in concreto [dei progressi di una revisione critica del reato], [...] preclusa da una presunzione assoluta di non rieducazione dell'ergastolano dipendente dalla mera indisponibilità alla collaborazione di giustizia (che di certo non può essere considerata indizio sicuro di mancata rieducazione), si pone in contrasto» non solo con il dettato costituzionale, bensì anche «con la Dichiarazione Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo l'interpretazione che ne ha dato recentemente la Corte di Strasburgo nella sua espressione più autorevole»³⁸.

³⁵ Così COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis*, cit., par. 5.

³⁶ Cfr. in argomento: L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., pp. 1220 ss.; 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*, Roma, 2012, pp. 113 ss., spec. pp. 115-116 e 126 ss.

³⁷ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it): in proposito sia consentito rinviare a B. SPRICIGO, *Vinter e altri c. Regno Unito: la Corte di Strasburgo torna sul carcere a vita senza prospettive di liberazione*, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 1015 ss. Sulla precedente pronuncia della IV sezione della Corte di Strasburgo, *Vinter e altri c. Regno Unito*, del 17 gennaio 2012 v. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 4 luglio 2012.

³⁸ Così COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis*, cit., par. 5; la quale – è bene precisare fin da ora – ha avanzato una proposta di modifica dell'art. 4-bis O.P., che – se adottata – risulterebbe risolutiva non solo rispetto all'ergastolo c.d. 'ostativo', ma anche con ri-

4. La discrepanza tra 'riflessione critica sul reato' e collaborazione di giustizia: rischi di una 'pretesa' autoaccusatoria

Tra i punti di tensione maggiormente evidenti della normativa in esame rientrano, come sopra anticipato, il richiamo alle dichiarazioni autoaccusatorie e l'onere in capo all'interessato di fornire la «“prova diabolica”, consistente non nel dimostrare che il soggetto [abbia] attualmente collegamenti con il crimine organizzato, bensì che tale collegamento, presuntivamente tuttora esistente, po[ssa] invece essere assolutamente escluso»³⁹.

In sostanza, la sopraindicata legislazione *impone* in via pregiudiziale la collaborazione 'di giustizia' da parte del condannato – al più tardi nella fase esecutiva –, cui deve seguire la dimostrazione della cesura dei legami con la criminalità organizzata⁴⁰: requisiti che di per sé non costituiscono prova dell'avvio di un percorso rieducativo⁴¹. In tal modo, l'ostatività connessa alla mancanza dei suddetti elementi assieme al carattere 'negoziale' della disciplina (informazioni investigative e/o operative in cambio di un regime penitenziario *ordinario*) inquinano la genuinità dei comportamenti *post delictum* e/o *post sententiam*⁴², a scapito dell'ineliminabile va-

guardo all'intero capitolo dell'automatismo discriminatorio che deriva dal combinato disposto degli artt. 4-bis e 58-ter O.P.: per un maggior approfondimento cfr., *infra*, par. 5.

³⁹ Così M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, cit., p. 251.

⁴⁰ A tale proposito – come osservato tempo addietro da sensibile dottrina con riferimento a ipotesi premiali prodromiche alla legislazione antimafia – anche in questa sede è sicuramente discutibile il grado di adesione dei requisiti imposti dagli artt. 4-bis e 58-ter O.P. al principio di tassatività, precisamente nella declinazione del principio di determinatezza: cfr. E. MUSCO, *La premialità*, cit., p. 604.

⁴¹ In questo senso già M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, cit., p. 269; L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1222; C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione*, cit., pp. 540, 589; A. PRESUTTI, *“Alternative” al carcere*, cit., pp. 94 s.; A. PICCIANI, *La premialità nel sistema penale*, in S. ARMELLINI, G. DI GIANDOMENICO (a cura di), *Ripensare la premialità*, Torino, 2002, pp. 318 ss., spec. pp. 322 s., ove, peraltro, si rinvia alla sentenza della Corte cost., 11 giugno-8 luglio 1993, n. 306, in cui i giudici della Consulta hanno dato atto che la condotta collaborativa «può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione» (in *Giur. cost.*, 1993, p. 1177); diffonde l'opinione espressa dal Ministro Guardasigilli di allora (Relazione al Disegno di legge n. S/328, presentato al Senato in data 8 giugno 1992 di 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*, in *Doc. giust.*, 1992, p. 752, anche citato da P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 50; cfr. anche il Resoconto stenografico del Senato, seduta del 6 agosto 1992, disponibile al sito <http://www.senato.it>, dichiarazioni del Ministro proponente, pp. 61 ss.).

⁴² Sul punto cfr. D. PULITANÒ, *Tecniche premiali*, cit., pp. 1024 ss., il quale mette in risalto la complessità delle motivazioni che possono condurre a una scelta collaborativa o al suo rifiuto. Sull'ambiguità dei significati che può assumere il 'pentimento' cfr. S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 224.

lutazione autonoma – non automatica – sull'inizio di un percorso di riflessione critica sul reato.

La giurisprudenza di legittimità non ha mancato di fornire in argomento preziose indicazioni, riassumibili nella irrinunciabilità di un riscontro positivo in merito all'avvio e allo sviluppo di una riflessione sugli illeciti commessi, desumibili dagli atteggiamenti concreti di adesione ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale sanciti dall'ordinamento.

A tal proposito la Corte di cassazione è intervenuta affermando che «la progressione trattamentale di cui all'art. 50» O.P. «non si identifica, né si esaurisce nella collaborazione con la giustizia», implicando «una profonda e comprovata revisione critica, tale da far fondatamente ritenere che il detenuto realmente aspiri a un reinserimento sociale e non sia determinato a collaborare con la giustizia per la mera volontà strumentale di evitare la pena detentiva»⁴³. Ma anche con riferimento all'istituto della detenzione domiciliare, i giudici della Suprema Corte hanno spiegato come la concessione dei benefici non possa che avvenire – nei confronti dei collaboratori di giustizia – previa «valutazione della condotta complessiva», atta a «verificare se l'azione rieducativa svolta abbia» indirizzato il detenuto verso una «revisione critica della vita anteatta»⁴⁴. Infine, sempre la Corte di cassazione è tornata sul tema confermando il proprio orientamento in materia, questa volta con riguardo alla liberazione condizionale (art. 176 c.p.)⁴⁵, negando con forza un qualsivoglia «automatismo» nella «concessione del beneficio [...] anche nei confronti dei collaboratori di giustizia». In sostanza, i giudici del Supremo collegio hanno in più occasioni affermato la necessità di una «valutazione, da parte del competente Tribunale di Sorveglianza, della complessiva condotta del richiedente, al fine di verificare se l'azione rieducativa globalmente svolta [abbia] avuto come risultato il compiuto ravvedimento del condannato, all'esito di una revisione critica della propria vita anteriore»⁴⁶.

Nonostante il meccanismo 'mercimonioso' della disciplina di cui agli artt. 4-bis e 58-ter O.P.⁴⁷, è quindi chiaro come debba *necessariamente* sopravvivere un autonomo spazio di valutazione per la riflessione critica sul reato – anche con riguardo allo spinoso capitolo dei detenuti per reati connessi alla criminalità organizzata –

⁴³ Cass. pen., sez. I, 20 novembre 1998-9 febbraio 1999, n. 5773, in *Ced Cass.* 212446; prec. conf. Cass. pen., sez. I, 13 novembre 1997-19 febbraio 1998, n. 6367, in *Ced Cass.* 209783.

⁴⁴ Cass. pen., sez. I, 14 gennaio-26 gennaio 2009, n. 3422, in *Ced Cass.* 242559.

⁴⁵ In merito al non appiattimento del ravvedimento sulla collaborazione di giustizia si v. Corte cost., 5-20 luglio 2001, n. 273, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 2282 ss.

⁴⁶ Cass. pen., sez. I, 3 dicembre 2010-5 gennaio 2011, n. 203, in *DeJure*; prec. conf. Cass. pen., sez. I, 19 febbraio-9 marzo 2009, n. 10421, in *Ced Cass.* 242900; Cass. pen., sez. I, 26 settembre-10 ottobre 2007, n. 37330, in *Ced Cass.* 237504.

⁴⁷ Cfr. P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie*, cit., p. 50, che parla di una «chiara strumentalizzazione del settore penitenziario alle esigenze della politica criminale».

che non può e non deve appiattirsi sulla collaborazione. Ciò sta a indicare, come si evince dalla giurisprudenza di cui sopra, che l'ammissione alle misure alternative può essere rigettata in caso di avvenuta collaborazione investigativa non accompagnata da un apprezzamento favorevole circa la revisione sulle condotte criminose, ma, parimenti, significa che dovrebbe potersi ammettere la concessione dei benefici penitenziari a favore di quei condannati che abbiano svolto una riflessione critica sul reato, tale da giustificare con ragionevolezza anche la scelta di non collaborare.

Dal valore che la disciplina penitenziaria attribuisce alla *rielaborazione* del reato discende peraltro l'esigenza di una motivazione 'forte' delle ragioni che possano indurre l'organo giudicante a rigettare la richiesta di misure alternative, sebbene in presenza di un riscontro positivo degli operatori penitenziari circa l'inizio del percorso di rieducazione svolto nell'ambito delle attività trattamentali in carcere. E la necessità di acquisire documentazione dettagliata, della quale si dia conto profusamente nel provvedimento decisorio⁴⁸, appare del pari indispensabile ove siano pervenute note informative contrastanti dagli organi di polizia.

Altresì, risultano delicate le ipotesi in cui i Magistrati di Sorveglianza richiama-no valutazioni espletate dai giudici di cognizione su comportamenti processuali non collaborativi *antecedenti* alla sentenza di condanna. Tali condotte sono cariche di criticità in quanto maturate nel corso di una fase processuale presidiata dal principio *nemo tenetur se detegere*, «cardine del diritto garantito alla difesa dall'art. 24 comma 2 della Costituzione»⁴⁹. Una volta passati alla fase esecutiva, invece, gli autori dei reati elencati all'art. 4-*bis* O.P. si ritrovano assoggettati all'opposta logica del *carceratus tenetur alios detegere*⁵⁰: di talché, attribuire indiscriminatamente ri-

⁴⁸ La giurisprudenza di legittimità afferma che le «dettagliate informazioni» fornite del Comitato «devono riguardare "elementi", in base ai quali il giudice possa formare il suo convincimento in ordine alla sussistenza o all'insussistenza dei [...] collegamenti» con la criminalità organizzata: così Cass. pen., sez. I, 13 aprile-25 maggio 1992, n. 1626, in *Ced Cass.* 190432. Peraltro, l'organo giudicante «deve quanto meno prendere in esame anche gli elementi eventualmente adottati dalla difesa, volti a dimostrare, in positivo, la insussistenza dei collegamenti sopra menzionati»: Cass. pen., sez. I, 13 aprile-12 maggio 1992, n. 1639, in *Ced Cass.* 190111. Particolarmente problematica, invece, Cass. pen., sez. I, 21 dicembre 1993-9 febbraio 1994, n. 5612, in *Ced Cass.* 196256, la quale legge nel requisito della prova della (in)sussistenza di legami con la criminalità organizzata o eversiva «una presunzione di pericolosità sociale a carico dei soggetti ivi menzionati». Per maggiori approfondimenti v. L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2010, pp. 228-230.

⁴⁹ Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 506; D. PULITANÒ, *Tecniche premiali*, cit., p. 1011, secondo il quale «l'esercizio di modalità di difesa consentite, come il silenzio o il diniego, non può di per sé costituire ragione di maggior rigore punitivo»; L. FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002*, cit., p. 30.

⁵⁰ Cfr. in argomento: L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1222; M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono*, cit., pp. 949-951; M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Bologna, 1994, pp. 43 ss., per un primo inquadramento sociologico dello «scambio disciplinare»; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Mi-

levanza ai comportamenti non collaborativi precedenti alla pronuncia della sentenza – in ipotesi dettati da strategie di difesa processuale – implica il rischio di valorizzare condotte che poco o nulla possono aver a che fare con il percorso personale intrapreso nella fase esecutiva. Si vede, quindi, come anche quest'ultima considerazione deponga a favore della possibilità per i Magistrati di Sorveglianza di valutare i motivi che, per il condannato, hanno reso e/o continuano a rendere «*non esigibile* il comportamento richiesto» ex art. 58-ter O.P., persino quando l'inesigibilità non sia di carattere meramente oggettivo⁵¹ (casi, questi ultimi, della collaborazione ininfluenza o impossibile)⁵².

Anche ove si conceda che la rigida applicazione della lettera dell'art. 4bis O.P. – da un punto di vista prettamente procedurale – in assenza di collaborazione non lasci margini per l'ammissione di benefici penitenziari⁵³ (salvo quanto concerne l'art. 54 O.P.), un'interpretazione costituzionalmente tollerabile della medesima norma imporrebbe di riconoscere alle ragioni del diniego di collaborazione i necessari spazi argomentativi, che – al contrario – l'attuale automatismo frustra scavalcando l'eventuale percorso di revisione critica sul reato fino a quel momento svolto dal detenuto. Del resto, la Consulta ha da lungo tempo iniziato a collezionare pronunce di illegittimità costituzionale contro i più vari *automatismi discriminatori*⁵⁴, posizione che

lano, 2011, pp. 237 s.: «il diritto al silenzio garantito nel processo penale di cognizione per questi delitti si tramuta nella fase di esecuzione della pena in un onere di collaborare»; COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis*, cit., par. 4.

⁵¹ Già in argomento Corte cost., 19-24 luglio 1994, n. 357, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 2920 ss.; Corte cost., 22 febbraio-1 marzo 1995, n. 68, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 625 ss., spec. sulla collaborazione ininfluenza o impossibile.

⁵² Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1223, il quale ritiene che solo tale apertura interpretativa 'costituzionalmente orientata' permetterebbe di superare l'insita illegittimità costituzionale, per violazione del principio di colpevolezza, della presunzione ex art. 4-bis, comma 1, O.P. (*ivi*, pp. 1222 s.).

⁵³ Cfr. C. CESARI, G. GIOSTRA, *sub art. 4-bis*, cit., pp. 76 s., ove si precisa che l'interpretazione vigente dell'attuale disciplina dei reati ostativi considera «irrilevanti [...] i progressi nel trattamento, che il giudice di sorveglianza non potrà neppure prendere in considerazione, essendogli precluso di scendere nel merito dell'istanza». Occorre tuttavia segnalare che una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, in seguito alle modifiche apportate all'O.P. dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, ha avanzato un'interpretazione costituzionalmente orientata che consente di applicare ai detenuti ex art. 4-bis, comma 1, O.P. quantomeno gli istituti del lavoro all'esterno, dei permessi-premio e della semilibertà, secondo i limiti temporali stabiliti dagli artt. 21, comma 1, 30-ter, comma 4, lett. c, e 50, comma 2, O.P., ovviando in tal modo all'antinomia determinata dalle stratificazioni normative di settore: v. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., pp. 1225-1228, al quale si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁵⁴ Con tale locuzione ci si intende riferire a «divieti aprioristici» di accesso alle misure alternative al carcere fondati talvolta sul 'tipo di autore', talaltra sul 'tipo di reato', a seconda che nella descrizione normativa il legislatore abbia fatto leva sulle caratteristiche della persona del reo o su quelle del tipo di illecito. Sugli automatismi discriminatori qui richiamati cfr.: L. CESARIS, *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione di benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*,

ha ribadito nel 2010, con la sentenza n. 189, in cui il giudice delle leggi è giunto a qualificare come «criterio costituzionalmente vincolante quello che esclude rigidi automatismi» nella materia dei benefici penitenziari⁵⁵.

In tal senso, la normativa in esame potrebbe essere ridefinita – alla luce dei presidi costituzionali di garanzia posti a tutela delle persone in esecuzione penale – ammettendo un *contraddittorio* in merito ai motivi del rifiuto di collaborare *ex art. 58-ter* O.P. da parte dell'interessato, motivi questi che potrebbero dar luogo al rilievo di un' *inesigibilità* (soggettiva) della collaborazione (a mero titolo di esempio, si consideri il caso in cui vi siano dei legami affettivi con la persona il cui nome dovrebbe essere speso per poter usufruire delle condizioni di maggior favore riservate ai collaboratori, oppure l'ipotesi in cui si temano delle ripercussioni gravi sulla vita e l'incolumità fisica personale e dei propri cari⁵⁶).

Merita, a questo proposito, soffermarsi in breve sulla natura del procedimento di sorveglianza. Ordinariamente – come è stato osservato in dottrina – esso viene considerato una forma di 'processo sull'autore' dato che vi si discute «della sussistenza o meno di quelle condizioni prevalentemente 'soggettive' che, in quanto esistenti, legittimano una pronuncia favorevole all'interessato sulla base di un giudizio prognostico positivo», da cui «[d]ovrebbe conseguire una naturale e graduale attenuazione dell'antagonismo delle parti». Diversamente nei casi in cui «v[enga] a configurarsi una situazione che, nella sostanza, è del tutto simile a quella che si realizza nel processo di cognizione», occorrerà «che venga instaurato un regolare contraddittorio, il quale assicuri l'uguaglianza delle parti», affinché il soggetto interessato abbia «la possibilità di integrare, attraverso la predisposizione dei mezzi di prova di cui vorrà chiedere l'assunzione, i dati e le notizie già in possesso del giudice»⁵⁷. Il meccanismo quasi 'inquisitorio' di cui all'art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, O.P. sembra richiedere, di conseguenza, un mutamento nell'ordinaria logica del procedimento di sorveglianza, per cui dovrebbe essere ammesso un dibattito sui requisiti ostativi della norma in esame.

Perciò, *de iure condito*, quanto detto dovrebbe incidere sull'interpretazione della disciplina in commento, secondo cui da un lato si richiede l'assunzione delle in-

2010, pp. 2250 ss.; sui problemi che gli «automatismi applicativi» provocano con riferimento al principio di uguaglianza, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, pp. 253 ss., in partic. 267 ss.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., 26-28 maggio 2010, n. 189, la quale peraltro richiama un suo precedente in argomento, ossia la sentenza n. 436 del 22 novembre-1 dicembre 1999, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2248, con nota di L. CESARIS.

⁵⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., pp. 1221 s.; COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis*, cit., par. 3; F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 10 febbraio 2014, par. 2.

⁵⁷ Così applicando il ragionamento di M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, cit., p. 296.

formazioni di polizia per ragioni di difesa sociale (art. 4-bis O.P.), mentre dall'altro si acquisiscono le relazioni di sintesi a tutela del principio di rieducazione, che tuttora governa l'esecuzione penale del singolo. E anche se la normativa costruisce un sistema in apparenza antagonista (difesa sociale vs. garantismo individuale⁵⁸), la questione dovrebbe essere riletta alla luce del principio affermato dalla giurisprudenza costituzionale per cui «il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da "autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena"»⁵⁹.

In effetti, risulta davvero irragionevole ammettere nel nostro ordinamento un sotto-sistema normativo che, nella delicata fase di esecuzione della pena, *impone* – in termini di fatto *ricattatori* – l'offerta di benefici penitenziari in cambio di comportamenti, nella sostanza, autoaccusatori e/o di delazione. Quando invece, come chiarito dalla Suprema Corte, la «concessione di una misura alternativa alla detenzione non presuppone la confessione del condannato»⁶⁰. Invero, la riflessione critica sul reato, proposta dall'ordinamento a ogni condannato, non ha nulla a che fare con l'attesa di una 'confessione'. Come precisato dai giudici della Corte di cassazione, non sono richieste per quel fine «dichiarazioni [...] di "autocritica" e di ripudio del proprio passato – afferenti, come tali, più alla sfera morale che a quella giuridica». Al contrario, «in armonia con la visione laica cui si ispira l'ordinamento giuridico», «occorre [...] aver riguardo[,] essenzialmente, alla prospettiva che il condannato acquisisca *consapevolezza della necessità di rispettare le leggi penali e di conformare, in genere, il proprio agire ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale sanciti dall'ordinamento medesimo*»⁶¹. Tale consapevolezza chiaramente può essere valorizzata da una riflessione sulle proprie condotte cri-

⁵⁸ Cfr. G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 31, il quale denuncia come spesso si oscilli «tra un "garantismo di comodo" [...] e un atteggiamento illiberale [...], con conseguente unilaterale sottolineatura del problema dell'efficacia repressiva», «assunto come assolutamente prioritario rispetto a quello delle garanzie individuali», e contestuale allontanamento dalla ricerca di «un accettabile equilibrio tra questi due poli in inevitabile tensione».

⁵⁹ Corte cost., 8-24 luglio 1993, n. 306, cit., p. 2497, là dove i giudici citano la precedente sentenza del 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313. Cfr. B. GUZZALOCA, *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 148.

⁶⁰ Così Cass. pen., sez. I, 8 febbraio-22 febbraio 2008, n. 8258, in *Ced Cass.* 240586; succ. conf., da ultimo, Cass. pen., sez. I, 27 giugno-31 luglio 2013, n. 33302, in *Ced Cass.* 257005.

⁶¹ *Ex plurimis* v. Cass. pen., sez. I, 3 aprile-25 maggio 2000, n. 2481, in *Ced Cass.* 216037. Cfr. anche Cass. pen., sez. I, 8 febbraio-22 febbraio 2008, n. 8258, in *Ced Cass.* 240586: «ai fini della concessione di benefici penitenziari la mancanza di senso critico verso le condanne subite può essere valutata come elemento negativo solo quando sia espressione di un persistente atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, e quindi sintomatico di una mancata risposta positiva al processo di rieducazione, non quando è una protesta di innocenza, diritto di ciascuno anche dopo il passaggio in giudicato di una condanna»; prec. conf. Cass. pen., sez. I, 13 ottobre-10 novembre 1992, n. 4011, in *Ced Cass.* 192189.

minose⁶² e, in ipotesi, da una spontanea collaborazione alle attività di indagine: tuttavia senza che tale rielaborazione *debba* dipendere forzatamente da quest'ultima. Tant'è che l'effetto ostativo connesso alla mancata cooperazione processuale ne determina lo snaturamento in forme di giustizia inquisitoria, che ricordano 'confessioni' e 'delazioni' dei tempi della colonna infame di manzoniana memoria.

Del resto, non è tanto una collaborazione, imposta e quindi – eventualmente – utilitaristicamente prestata, a realizzare la migliore prevenzione generale e speciale, quanto piuttosto un'adesione al rispetto delle norme liberamente scelta da parte del condannato. Invero, «la rielaborazione [...] della condotta criminosa da parte del soggetto che l'abbia tenuta e la sua scelta autonoma, specie se accompagnata da un serio impegno riparativo, di tornare ad accogliere i vincoli di una corretta partecipazione sociale rappresentano il fattore in assoluto più efficace per riaffermare l'autorevolezza delle norme violate e, dunque, il consenso circa la loro vigenza»⁶³. In questo senso, un procedimento di sorveglianza orientato alla comprensione delle ragioni di discrasia tra l'avvio di un percorso di riflessione e la mancata collaborazione dimostrerebbe come lo stesso interesse preventivo dell'ordinamento non consista nel trarre vantaggio dalla posizione di privazione del detenuto a fini investigativi, ma nel consentire una logica reciprocamente responsabilizzante e riparativa.

5. *Le possibili vie di responsabilizzazione e prevenzione sociale: la recente proposta legislativa della Commissione Palazzo*

Giunti a questo punto, occorre precisare che le riflessioni qui abbozzate non dimenticano le difficoltà che da tempo le istituzioni si trovarono ad affrontare nel tentativo di arginare un fenomeno complesso e grave come quello della criminalità organizzata di stampo mafioso⁶⁴. Ma perché tale sfida si svolga «nel rigoroso ri-

⁶² Cfr. L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità*, cit., pp. 277-279, ove si evidenzia come un'ammissione (spontanea) di responsabilità da parte del reo, ferme le irrinunciabili guarentigie del diritto di difesa, possa «consolidare l'autorevolezza del diritto», come anche incidere in modo «destabilizzante sugli ambienti e sulle organizzazioni criminose», aprendo le porte a un'idea di sanzione penale coerente con gli orizzonti di una «prevenzione realistica».

⁶³ Così L. EUSEBI, *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2007, pp. 191 ss. Sul consenso alle norme e sulla correlata dimensione preventiva v., *supra*, nota 8.

⁶⁴ Cfr. Resoconto stenografico del Senato, seduta del 6 agosto 1992, cit., p. 61. Sul significato criminologico e giuridico-penale del concetto di 'criminalità organizzata' si rinvia a G. FIANDACA, *Criminalità organizzata*, cit., pp. 14 ss., e a I. MERZAGORA, *Achille e la tartaruga. Riflessioni sulle teorie criminologiche in tema di criminalità organizzata*, in *Rass. it. crim.*, 1990, pp. 99 ss.

spetto della legalità democratica e del diritto di difesa»⁶⁵, è essenziale non rinunciare a problematizzare le opzioni legislative che – come quella in esame – introducono automatismi ostativi fondati su presunzioni di pericolosità⁶⁶. Ciò in particolar modo per l'allarmante *tendenza espansiva*⁶⁷ che riforme temporanee e settoriali, come quella inizialmente predisposta per reati connotati da una particolare gravità, manifestano progressivamente sull'intero settore penitenziario⁶⁸.

Per un ordinamento penale democratico, come vuol essere il nostro, orientato alla tutela dei beni giuridici e, non disgiuntamente, alla salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, un *programma di prevenzione sociale strutturato* risulta essere l'approccio più rispettoso del dettato costituzionale e del suo valore fondativo: la dignità umana⁶⁹. Esso dovrebbe articolarsi, come da tempo proposto in dottrina, in una serie complessa di operazioni (*i.e.* le «direttrici della prevenzione sociale») che, oltre a una sempre più raffinata revisione dell'intervento normativo ex-

⁶⁵ Cfr. G. FALCONE, *Intervento programmato al Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, svoltosi a Courmayeur nel 1986 e pubblicato in AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 232, atti ai quali si rinvia anche per il corredo bibliografico in argomento.

⁶⁶ Cfr., *supra*, note 19-20.

⁶⁷ Cfr. sugli effetti espansivi delle legislazioni d'emergenza: F. STELLA, *La tutela penale*, cit., p. 333; T. PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in AA.VV., *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987, pp. 62 s.; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva*, cit., pp. 123, 150. Si veda anche E. RESTA, *Il diritto penale premiale*, cit., pp. 65, il quale mette in guardia rispetto al fatto che «[s]ubordinare una codificazione alla pace sociale significa produrre un condizionamento utopico».

⁶⁸ Si noti infatti che l'art. 41-bis, comma 2, O.P. – da cui il c.d. 'carcere duro' – fu inizialmente introdotto come misura temporanea e via via prorogato nel corso degli anni, finché il legislatore con la l. 23 dicembre 2002, n. 279 (*ex art.* 3, comma 1) ne abrogò la disposizione che definiva il termine di efficacia (art. 6 della l. 7 gennaio 1998, n. 11): così L. FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002*, cit., pp. 24 s. Inoltre, la scelta di diversificare i circuiti penitenziari mediante meccanismi ostativi fu introdotta anche nella prima versione della riforma del 1975, innovata nuovamente due anni dopo l'entrata in vigore della legge: v. B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva*, cit., pp. 147 s.; A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere, cit., pp. 67 ss. Mentre l'art. 47-ter O.P. (poi abrogato dall'art. 1, comma 7, d.l. 152/1991) inseriva già con la riforma del 1986 la prima differenziazione nei confronti dei condannati per reati connessi alla criminalità organizzata, impedendo loro di accedere alla detenzione domiciliare se non una volta accertata l'interruzione dei collegamenti con l'ambiente criminale di provenienza: così B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva*, cit., pp. 127-129.

⁶⁹ Per una interpretazione del concetto di 'dignità umana' quale «valore *supercostituzionale*» e «confine delle libertà costituzionalmente protette», ancorata all'art. 2 della Costituzione, v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 347; cfr. anche G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 59. Per una ricognizione storica del concetto di 'dignità umana' si rinvia a U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Bari, 2009. Specificatamente sulla tutela della 'dignità' delle persone ristrette nella libertà v. G. FORTI, «La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità», *l'approccio delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in M. NAPOLI (a cura di), *La dignità*, Milano, 2011, pp. 117 ss.; ID., *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Dir. umani dir. internaz.*, 2013, pp. 238 ss.

trapenalistico circa i settori in cui le organizzazioni criminali riescono a infiltrarsi, mirino sia a «creare condizioni per uno sviluppo autonomo del mercato» nelle aree più esposte al fenomeno mafioso, sia a diffondere, partendo dai giovani, un «ri-orientamento educativo» in grado di promuovere i principi costituzionali (artt. 2 e 3 Cost.)⁷⁰.

Si tratta di un processo in parte già in atto, che può trovare degli elementi di valorizzazione in un indirizzo culturale che non cerchi nella pena un'inaccettabile funzione satisfattorio-stabilizzatrice⁷¹, ma parta dalla consapevolezza della «corresponsabilità sociale»⁷² per affrontare uno dei fenomeni criminali più insidiosi per la sua diffusività sistemica⁷³. Questa chiave di lettura custodisce la possibilità di rinfancare il tessuto sociale spingendosi *oltre le logiche della paura*⁷⁴ e restituendo al

⁷⁰ Cfr. G. FIANDACA, *Criminalità organizzata*, cit., pp. 30 ss., spec. p. 33.

⁷¹ Cfr. C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa'*, cit., p. 138; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pp. 96 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 428. Interessante è a questo punto richiamare la corrente dell'«espressivismo sanzionatorio», sul quale si rinvia a J. FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in R.A. DUFF, D. GARLAND (a cura di), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, pp. 74-76. Per un'analisi recente sulle c.d. 'shame punishments' si rinvia ad A. VISCONTI, *Teorie della pena e «shame sanctions»: una nuova prospettiva di prevenzione o un caso di atavismo del diritto penale?*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, pp. 633 ss. Per una classificazione delle tipologie di «legislazione penale simbolica» e della loro struttura si rinvia a C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, in particolare § 4.3.2.1.1 su *Paradigmatica dell'ineffettività: la legislazione penale simbolica*, pp. 537 ss.

⁷² Sul tema della «corresponsabilità sociale» si vedano: C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa'*, cit., p. 158; L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione. Pena retributiva e teorie punitive (sez. I)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 953 ss.; ID., *La «nuova» retribuzione. L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza (sez. II)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1345 s.; F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 21; G. FIANDACA, *sub art. 27*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, p. 340; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, pp. 108 s.

⁷³ In argomento cfr. G. FIANDACA, *Criminalità organizzata*, cit., pp. 6-9, il quale parla di «ibrida polivalenza del fenomeno mafioso, specie sotto il profilo delle sue strutturali interconnessioni col sistema legale».

⁷⁴ Cfr. R. CORNELLI, *Criminalità e sicurezza*, in A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013, p. 44. Sulle politiche che si fondano sulla «cultura del controllo», spec. di tipo non adattativo, v. D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (2001), trad. it. di A. Ceretti, *La cultura del controllo: crimine e ordine sociale nella società contemporanea*, Milano, 2004, pp. 233 ss., 298 ss., e su «la estromissione della persona dall'orizzonte della risposta penale» quale conseguenza di risposte non adattative (ma paradossalmente anche adattative) al crimine cfr., inoltre, G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 296 s., 307 s.

principio del finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost. la centralità che gli è propria nella fase esecutiva della pena.

A un primo livello, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del sistema dei reati ostativi, ciò significherebbe ammettere – come sostenuto *supra* – un contraddittorio sulle ragioni di una mancata o rifiutata collaborazione da parte delle persone detenute *ex art. 4-bis O.P.*, in modo tale da attenuare l'automatismo discriminatorio che così ciecamente preclude qualsiasi *discorso* sulla riflessione critica che può essere stata intrapresa. Certamente, non si possono tacere i tratti sottili e instabili di una tale ipotesi, primo tra tutti il delicato tema della discrezionalità giudiziale⁷⁵. Eppure questa sembra l'unica via possibile verso un procedimento di sorveglianza che recuperi la cifra responsabilizzante dell'idea di sanzione penale come progetto di (ri)adesione (scelto e voluto) ai valori fondamentali della società⁷⁶, senza che ciò avvenga forzatamente sulla base di uno scambio sinallagmatico tra confessione/collaborazione e benefici penitenziari.

De iure condendo, rimane comunque auspicabile, allo scopo di un pieno rispetto del principio del finalismo rieducativo e del valore della dignità della persona, che si intervenga normativamente sull'art. 4-bis O.P., affinché la collaborazione processuale possa essere «positivamente apprezzata come un indizio – qualificante, ancorché controvertibile – di progresso rieducativo»⁷⁷: senza precludere al non collaborante l'accesso ai benefici penitenziari per il solo fatto del rifiuto ad autoaccusarsi o a cooperare con l'autorità a fini investigativi⁷⁸.

Questa linea di intervento trova accoglimento a opera della *Commissione Palazzo*, nella sopraccitata *Proposta di Revisione delle norme che vietano la concessione di benefici nei confronti di detenuti o internati 'non collaboranti'*. Secondo il progetto qui richiamato la Commissione prospetta che si incida – con l'aggiunta di un'ulteriore deroga tra quelle di cui al comma 1-bis dell'art. 4-bis O.P. – sulla natu-

⁷⁵ In argomento di recente F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 97 ss.; a favore della scelta di «restituire al Tribunale di Sorveglianza la possibilità di valutare se esistano elementi specifici che depongano nel senso di un positivo percorso rieducativo del condannato», «nonostante l'assenza di una collaborazione resa ai sensi dell'art. 58-ter» O.P., è la COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis della*, cit., par. 3.

⁷⁶ Per un'idea di pena come 'progetto' si rinvia agli scritti di Luciano Eusebi, *ex plurimis v.*: L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, pp. 643 ss; ID., *Traendo spunto da C. Eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 4945 ss.

⁷⁷ Cfr., in questa direzione, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione*, cit., pp. 540, 588 s.; v. altresì COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis*, cit., spec. par. 4.

⁷⁸ «Perfino, infatti, nell'ambito di pur discutibili letture polifunzionali del ruolo svolto dalla pena nella stessa fase esecutiva, non potrà mai ritenersi costituzionalmente ammissibile un regime giuridico che annulli gli effetti di una rieducazione effettivamente realizzatasi»: L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1222.

ra assoluta della presunzione negativa concernente la mancata collaborazione ‘di giustizia’, rendendola «superabile, con adeguata motivazione, da parte del giudice» (sempre «che “siano stati acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva”») ⁷⁹.

Orbene, nonostante il legislatore nei più recenti interventi legislativi non abbia deciso di riconsiderare la disciplina dei reati ostativi ⁸⁰, rimane ferma l’esigenza di una valorizzazione della riflessione critica sul reato per *tutti* i soggetti condannati, indipendentemente dalla natura dell’illecito attribuito loro. Come qui discusso, l’invito dell’amministrazione penitenziaria ad avviare una tale rielaborazione (art. 13, comma 5, O.P. e art. 27, comma 1, reg. es.) dovrebbe fondarsi innanzitutto su un dialogo tra detenuto e operatori orientato a percepire il disvalore della condotta, anche attraverso un ripensamento delle conseguenze negative inflitte alle persone offese ⁸¹. E l’attivazione di un tale percorso responsabilizzante potrebbe ipoteticamente aprire la strada verso attività ispirate agli insegnamenti della giustizia riparativa, la quale è precipuamente orientata a perseguire «risposte e programmi quali la riparazione, le restituzioni, le attività socialmente utili, aventi lo scopo di corrispondere ai bisogni individuali e collettivi e alle responsabilità delle parti e di realizzare la reintegrazione della vittima e del colpevole» ⁸².

A tale proposito, infatti, tra i «comportamenti, pur non collaborativi, che dimostrino il distacco del condannato medesimo dalle associazioni criminali», si do-

⁷⁹ Così COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione alla Proposta di modifica dell’art. 4-bis*, cit., par. 1; cfr. anche F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni*, cit., par. 2.

⁸⁰ Cfr. sui più recenti interventi legislativi di settore C. MAZZUCATO, *Opinioni a confronto sulla condizione penitenziaria*, in questa *Rivista*, 2013. Va peraltro segnalato come la recente l. 21 febbraio 2014, n. 10 abbia estromesso la categoria dei detenuti *ex art. 4-bis* O.P. dalla nuova disciplina di favore che estende a settantacinque i giorni di liberazione anticipata per ogni semestre di pena scontata (anziché quarantacinque), diversamente da quanto all’inizio disposto dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*), anche se con «un presupposto soggettivo più pregnante» rispetto alle altre categorie di detenuti: cfr. A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull’emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 7 gennaio 2014, par. 2; A. CORBO, *Relazione dell’Ufficio del Massimario della Cassazione sulla legge 10/2014 di conversione del d.l. 146/2013 in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 13 marzo 2014, par. 2.C.

⁸¹ Cfr. G. SCARDACCIONE, *Il modello riparativo di giustizia: la sfida «impossibile» dell’applicazione ai reati di mafia*, in *Mediaries*, 2007, pp. 46 s., là dove l’Autrice elenca tra le indispensabili attività precedenti a qualsiasi attività riparativa anche la «riflessione sul reato». Sulle possibilità e sulle sfide che solleva l’applicazione del paradigma riparativo a un approccio sistemico di prevenzione antimafia, si rinvia a M. CANNITO, *Restorative Justice and organized crime: a challenge to overcome the culture of mafia*, in *Educ. democr.*, 2011, pp. 119 ss.

⁸² Definizione di «*Restorative outcome*» tratta dai *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, Risoluzione 2002/12 delle Nazioni Unite. Cfr. G. SCARDACCIONE, *Il modello riparativo di giustizia*, cit., pp. 40 ss.

vrebbero considerare secondo la *Relazione* che accompagna la proposta della *Commissione Palazzo* «l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato e, quindi, il concreto interesse dimostrato per attività di risarcimento o, più in generale, riparatorie in favore delle vittime del reato»: «[e]lemento, quest'ultimo, il quale andrebbe valutato non tanto nella sua dimensione oggettiva di effettiva e completa reintegrazione patrimoniale, quanto piuttosto sotto il profilo soggettivo, da intendere come "concreta manifestazione del sincero proposito di fare tutto il possibile per sanare le conseguenze del delitto" (v. in tal senso, Cass., I sezione penale, 9 maggio 2012, n. 26890)»⁸³.

Ciò, trasposto nel caso in esame, significherebbe aprire una *possibile via responsabilizzante*⁸⁴, in cui il soggetto non sia assoggettato a un'osservazione passiva, bensì chiamato a rispondere delle proprie scelte e a dare prova di un'adesione consensuale ai valori della convivenza democratica costituzionalmente radicati, attraverso i propri comportamenti e le proprie decisioni⁸⁵. In questo modo, l'opzione di non collaborare non sarebbe più meramente preclusiva dell'accesso ai benefici, ma verrebbe a essere indagata nel significato che assume in rapporto al percorso di riflessione compiuto.

⁸³ COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis*, cit., par. 3.

⁸⁴ Per un'esecuzione penale proiettata verso la responsabilizzazione della persona condannata e orientata al perseguimento di finalità risocializzative, anche attraverso la «nuova, promettente, frontiera della *restorative justice*», v. G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali*, cit., pp. 337-341, con il quale si rinvia a H.M. HART, *The Aims of the Criminal Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 1985, 23, pp. 401 ss.: «[m]an learns wisdom in choosing by being confronted with choices and by being made aware that he must abide the consequences of his choice»; «[s]een in this light, [...] is the criminal law which defines the minimum conditions of man's responsibility to his fellows and holds him to that responsibility. The assertion of social responsibility has value in the treatment even of those who have become criminals».

⁸⁵ Infatti, un ordinamento, come quello qui sotteso, che miri a esprimere una «premura solidaristica» anche nei confronti dell'individuo» in esecuzione penale, dovrebbe promuovere una sanzione penale «da intendersi in termini di *extrema ratio*, non secondo contenuti di sofferenza fine a se stessa o di onerosità odiosa, bensì secondo forme che segnalino pur sempre l'orientamento a perseguire l'obiettivo di un'integrazione *responsabile* nella società dell'agente di reato»: così L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità*, cit., pp. 274 s.