

La giurisprudenza costituzionale sui reati ostativi: bilanciamento di valori ed equilibrio tra poteri

di

Olivia Pini*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Finalismo rieducativo ed effetti della pena: coordinate di metodo nella giurisprudenza costituzionale. – 3. Reati ostativi: coordinate preliminari. – 4. Diretrici evolutive dell'art. 4-bis, ord. pen.: un andamento rapsodico nella discontinuità fra poteri. – 4.1. Il «canto a due voci» tra Corte costituzionale e Legislatore: una prima fase di correttivi giurisprudenziali e ampliamenti normativi al regime degli automatismi. – 4.2. (segue) Una seconda fase: gli sviluppi più recenti del percorso. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Costituisce assunto ormai condiviso che il sistema giuridico all'interno del quale ci muoviamo nell'epoca attuale si caratterizzi per una sempre crescente e più marcata sfumatura dei contorni tra le sfere tradizionali del potere; i fenomeni connessi alla globalizzazione, lo sviluppo incontrollato della tecnologia e i processi di integrazione sovranazionale contribuiscono progressivamente, ma in modo ormai inarrestabile, alla erosione dei confini fra le categorie che originariamente hanno accompagnato la formazione degli ordinamenti giuridici, e tra essi il nostro, sin dall'epoca liberale¹.

La funzione legislativa tradizionale, già indebolita e resa fragile dalla incapacità di fornire efficiente normazione generale, in specie a fenomeni globali in continua

* Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

*

¹ Su queste tendenze ordinamentali e di sistema, nell'impossibilità di dar conto in modo esauriente della vastissima letteratura in materia, si rinvia alle efficaci sintesi di G. LEGNINI – D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma, Luiss University Press, 2019.

evoluzione, sconta ulteriori gravi difficoltà in conseguenza della sfiducia e della perdita di consenso intorno alle istituzioni e figure della politica², che acuisce nella collettività un diffuso senso di insicurezza e instabilità³; la funzione di regolazione, oggi preponderante all'interno della più generale funzione di amministrazione, assume connotati di tecnicismo che la allontanano dall'intelligibilità popolare faticando così a legittimarsi, in assenza di una copertura costituzionale dei soggetti che la esercitano, sul piano della competenza; la giurisdizione, rimasta ultimo baluardo di giustizia nella comune percezione dei suoi fruitori, si dibatte costantemente fra il timore di eccedere nell'uso della discrezionalità decisoria, così esponendosi all'accusa di sconfinamento rispetto alle proprie attribuzioni, e necessità di interpretazione *reale* dei fenomeni⁴, ben al di là della tradizionale funzione di applicazione pratica del comando legislativo⁵.

All'interno di quest'ultima sfera, è in special modo la giurisprudenza costituzionale a trovarsi particolarmente esposta alle opposte tendenze sopra descritte, quale custode di un ordine supremo racchiuso nella Carta: essa è costantemente messa alla prova nella propria capacità di mantenere intatta l'unità costituzionale, valorizzando le peculiarità dell'ordinamento interno e l'effettività delle tutele, senza al contempo chiudersi tanto al dialogo con gli altri poteri quanto a quello, ormai indefettibile, con le Corti, le istituzioni e le grandezze giuridiche ed economiche ultranazionali. La generalizzata sfiducia verso la funzione legislativa

² In argomento v. già G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, part. 43 ss.; più di recente M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, nuova ed., Roma-Bari, Laterza, 2010.

³ È stata definita *globalizzazione unilateralmente negativa* quella che ha coinvolto interi settori e fenomeni quali affari, crimine o terrorismo senza che ad essa si accompagnasse una speculare globalizzazione delle istituzioni politiche e giuridiche in grado di farvi fronte: cfr. Z. BAUMAN, *Paura liquida*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2008, 120 ss., 168 ss.

⁴ In tema cfr. per tutti, F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000, 92 ss.; ID., *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, Giappichelli, 1999, 260 ss.

⁵ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 3/1998, 365 ss. ed ora in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia, I*, Milano, Giuffrè, 1999, 873 ss. Critica la sovrapposizione fra le fonti del diritto e l'interpretazione che pare di recente connotare alcuni filoni giurisprudenziali della magistratura ordinaria R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss.

come tradizionalmente concepita e l'intrinseca debolezza oggi assunta dalla stessa, secondo le direttrici poc'anzi messe in luce, spostano il *focus* ordinamentale dal piano normativo testuale a quello della sua interpretazione, valorizzando il ruolo del *giudice*, specialmente costituzionale, nella traduzione concreta dell'evoluzione valoriale di sistema, pur nello sforzo di garantire l'efficienza e la stabilità degli orientamenti e pur a costo di qualche «supplenza» rispetto alle carenze del Legislatore, anche al fine di garantire l'equilibrio interno tra poteri⁶.

Sono queste le coordinate della *complessità* che attraversa oggi gli ordinamenti giuridici contemporanei, creando non poche tensioni e frammentazioni, ed imponendo un parziale ripensamento di alcuni schemi concettuali tradizionali e soprattutto del metodo, per evitare che esso degeneri in un dogma capace di imprigionare la cultura giuridica stessa entro vincoli inestricabili di sterile ricercatezza; ed è in questo quadro che le tecniche del decidere proprie della giurisdizione, in particolare di rango costituzionale, si orientano alla valorizzazione di principi generali quali la ragionevolezza, la proporzionalità, l'adeguatezza, e soprattutto al *bilanciamento* ragionevole e proporzionato fra valori di pari rilievo spesso irriducibili uno all'altro, nel costante dialogo con il Parlamento, primo e tradizionale detentore del potere di misurare i rapporti tra interessi configgenti⁷.

⁶ Sul crescente spazio occupato dalla giurisdizione si vedano, fra i molti, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss.; R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Relazione al Convegno organizzato dal CSM sul tema «L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele» (Agrigento, 17-18 settembre 2010), consultabile su www.csm.it; F. CIARAMELLI, *Legislazione e giurisdizione. Problemi di metodologia giuridica e teoria dell'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 2007; C. PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1/2008, 45 ss.; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998. In senso critico rispetto a certi recenti sconfinamenti della Corte si pone A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.; sul ruolo del giudice costituzionale nel mantenere un equilibrio fra poteri si veda, di recente, F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri. Dinamiche istituzionali e conflitti di attribuzione nella più recente giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2019.

⁷ Sul tema del bilanciamento ragionevole si segnalano, tra i molti, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, cit.; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3953 ss.; ID., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001; A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità*

Quanto detto pare peraltro inverarsi con particolare criticità in materia penale, ove l'interpretazione giurisprudenziale da sempre riveste un ruolo di peculiare primazia nel tentativo costante e continuo di rendere *vivente* il diritto *vigente* racchiuso negli enunciati interpretativi del Legislatore⁸: le recenti direttrici di contesto già accennate, che inducono ad una perdita di credibilità del sistema politico e di autorevolezza della capacità orientativa delle leggi, ma anche al frequente appiattimento delle norme su logiche contingenti, hanno di fatto acuito gli attriti già latenti nel rapporto fra Legislatore e magistratura; ciò, se da un lato può aprire la strada ad improprie tentazioni rispetto a letture «elastiche» delle norme (e conseguentemente del principio di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost.⁹) da parte dei giudici penali, persuasi di dover assumere il ruolo di garanti ultimi della difesa sociale e di tutela di indifferibili esigenze sostanziali impropriamente trascurate dal potere legislativo¹⁰, per altro verso induce gli stessi a stigmatizzare alcune derive di quest'ultimo che si discostano eccessivamente dal sistema valoriale facente capo alla Legge Fondamentale, investendo della decisione finale il giudice costituzionale.

dell'interpretazione costituzionale, in *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale: atti del XVII Convegno annuale, Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, Cedam, 2004, 271 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 743 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it.

⁸ L. FERRAJOLI, *Contro l'interpretazione creativa*, in *Questione giustizia*, 4/2016, 13 ss., il quale pur opponendosi all'attribuzione di carattere creativo all'interpretazione giudiziale del diritto penale, evidenziandone i rischi di derive arbitrarie, riconosce tuttavia che tale attività ermeneutica valorizza in concreto il senso delle disposizioni scritte ed il significato più plausibile tra quelli astrattamente ricollegabili all'enunciato normativo. V. anche ID., *Diritto e ragione*, X ed., Roma-Bari, Laterza, 2011, part. 135 ss.

⁹ Su cui, per tutti, F. BRICOLA, *Art. 25, commi 2 e 3*, in in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro it., 1981, 227 ss.

¹⁰ Si segnala in proposito una tendenza del cd. diritto penale giurisprudenziale ad ampliare l'area del penalmente rilevante, in senso opposto alle posizioni espresse sul tema dalla dottrina, la quale in nome di ideali di stampo garantista e di certezza giuridica mira di norma, in via interpretativa, a circoscriverne i confini. Così G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 133 ss.

In questo particolare e delicato settore il ruolo della Consulta sembra dunque ancor più importante: essa è infatti chiamata a mitigare eventuali afflitti del Legislatore che appaiano eccessivamente condizionati dall'emergenza o dal clima politico-culturale, contribuendo a ricondurli entro i confini dei principi costituzionali che presidiano la materia; così facendo la Corte concorre ad orientare una interpretazione giurisdizionale delle norme penali che risponda a sua volta ad una lettura costituzionalmente orientata, nell'ottica della certezza e della legalità¹¹.

Un filone di particolare rilievo in questo senso appare quello che da tempo impegna la Corte nel tentativo di delineare quello che può essere definito «il volto costituzionale»¹² della pena, sul presupposto che quest'ultima costituisca un elemento in sé identificativo del diritto penale ma che sia assai difficile individuarne in modo univoco gli scopi, gli effetti e le funzioni reali; è ben noto infatti, e non v'è in questa sede spazio per una compiuta ricostruzione del dibattito in materia, come da sempre abbia impegnato gli interpreti la discussione sulla prevalenza della funzione *retributiva* della sanzione penale, o invece sulla sua principale vocazione di strumento di *prevenzione* generale o speciale, ed in quest'ultimo senso sulla sua finalità primariamente *rieducativa*, come vuole la Carta all'art. 27, comma 3¹³. Alle già significative difficoltà teorico-concettuali della questione va peraltro aggiunta necessariamente una riflessione sul divario, spesso assai ampio, tra le finalità astrattamente attribuibili alla pena e i risultati che si

¹¹ In tema, di recente, I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, Giuffrè, 2017. Sottolinea l'attenzione della Corte al *contesto* in cui le proprie decisioni sono destinate a collocarsi A. RUGGERI, *Note minime in tema di accesso ai giudizi di costituzionalità*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del seminario (Firenze, 28-29 maggio 1999)*, Torino, Giappichelli, 2000, 644 ss.; nello stesso senso già G. LOMBARDI, *L'autonomia contabile degli organi costituzionali: autonomia o privilegio?*, in *Giur. cost.*, 1981, 1283, 1296 s. che richiama T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (1953), trad. it. a cura di G. Crifò, Milano, 1962.

¹² L'espressione fu coniata dalla Corte nella sentenza n. 50/1980 (punto 4, *Considerato in diritto*).

¹³ Sancisce la disposizione richiamata, come ben noto, che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». A commento di vedano, almeno, G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro it., 1991, 222 ss., part. 285 ss.; M. D'AMICO, *Sub art. 27*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, I, 565 ss.; v. anche M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale scientifica, II ed., 2014, 38 ss.

rilevano invece sul piano empirico e concreto: ciò ad esempio emerge dai dati sconcertanti che confermano il frequente effetto de-socializzante delle pene detentive, pur rivestendo le stesse ancora oggi un ruolo dominante nell'universo sanzionatorio di rilievo penalistico¹⁴.

Simili riflessioni potrebbero indurre a condividere le posizioni interpretative che riconoscono l'irriducibilità dei molteplici significati e scopi attribuibili alla pena, finendo per aderire ad una concezione *polifunzionale* di quest'ultima¹⁵; e pur tuttavia, anche tale termine non appare scevro da ambiguità di fondo, potendo in astratto implicare una coesistenza di più finalità non orientata da alcuna gerarchia interna¹⁶ o, all'opposto, essere inteso in senso *dialettico* e presupporre ordini di priorità tra i diversi scopi perseguibili e perseguiti dalla sanzione penale¹⁷, peraltro

¹⁴ Per una riflessione sul tema v. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981, 1 ss.; v. anche G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, 3-4/1982, 437 ss., part. 474 ss.; E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 469 ss.

¹⁵ G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1961), ora in ID., *Scritti giuridici*, I, tomo II, Milano, Giuffrè, 1997, 1361 ss.

¹⁶ Per una lettura in chiave critica si v. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, Cedam, 1979, 97 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2018, 9 ss.

¹⁷ Interessante è in proposito richiamare una fortunata teoria dottrinale che pone in relazione la polifunzionalità della pena con le diverse fasi del ciclo punitivo: se nello stadio iniziale (comando legislativo con funzione di avvertimento) e in quello finale (esecuzione della sanzione) sarebbe lo scopo preventivo a prevalere, tanto generale quanto speciale, la fase intermedia di commisurazione della pena dovrebbe essere invece prioritariamente orientata ad un ideale *lato sensu* retributivo, così da assicurare una giusta proporzione tra entità della punizione e gravità del fatto commesso. Cfr. C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Shulung*, 1966, 377 ss. (trad. it. G. CASAROLI, *Senso e limiti della pena statutale*, Ferrara, Libreria Universitaria, 1979) e, in ambito nazionale, G. CASAROLI, *Funzione e commisurazione della pena tra «Grundgesetz» e «Stafrechtssystem»*, in A. PIZZORUSSO – V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, Giuffrè, 1985, part. 642 ss.

Nella fondamentale sentenza n. 313/1990 (su cui *infra*), quale monito al Legislatore e al giudice penale, la Corte ha tuttavia avuto cura di sottolineare come il rilievo costituzionale espressamente attribuito alla sola finalità rieducativa imporrebbe pur sempre una considerazione di quest'ultima in tutte le predette fasi. Per un più compiuto approfondimento sul tema v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2014, 802 ss.

da declinare costantemente rispetto ai diversi fatti punibili e alle diverse categorie di autori di reato¹⁸.

È proprio su queste delicate dinamiche, al confine fra scelte legislative di politica criminale, dottrine gius-penalistiche ed interpretazione giurisprudenziale che la Corte costituzionale ha da sempre giocato un ruolo di primario rilievo¹⁹, specialmente attraverso l'utilizzo sistematico dei parametri di cui agli artt. 3, declinato quale criterio di ragionevolezza, e 27, comma 3, Cost., per delineare concezioni del trattamento sanzionatorio dei condannati in linea con il dettato garantista della Carta, senza tuttavia disconoscere del tutto la discrezionalità del Legislatore, nel tentativo dunque di conciliare la *legalità* ordinaria e quella costituzionale²⁰; ciò senza dimenticare la necessità di rispondere, al contempo, ad esigenze di protezione sociale percepite come indifferibili dalla generalità dei consociati nella contingenza di specifiche emergenze politico-criminali. Non va infatti dimenticato che il nostro Paese è stato ciclicamente attraversato da ondate di criminalità sistemica di varia matrice – si pensi, solo per esemplificare, al terrorismo politico degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso o all'*escalation* dei delitti di Mafia del decennio successivo, ma anche al più recente «diritto penale della pubblica sicurezza»²¹ – che hanno destato grave allarme sociale e richiesto

¹⁸ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, 95 ss., 269 ss.; G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Jovene, 2003, 16 ss.

¹⁹ Per un approfondimento cfr. G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006.

²⁰ Compito precipuo della Corte costituzionale in materia di pena è infatti mantenere in armonia due poli contrapposti, l'uno che prescrive il dovuto riguardo alle scelte politiche quale espressione del principio di legalità ex art. 25, comma 2, Cost., e l'altro che impone la incompressibile tutela degli ulteriori principi e diritti costituzionali, a cui è dovuto rispetto anche da parte del Legislatore penale. Sul rapporto fra discrezionalità del legislatore penale e giudizi di costituzionalità v., di recente, P. ZICCHITTU, *Le «zone franche» del potere legislativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 380 ss.; v. anche A. BONOMI, *La discrezionalità assoluta del legislatore*, in E. D'ORLANDO – L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di studio del gruppo di Pisa (Udine, 7 novembre 2008)*, Torino, Giappichelli, 2009, 118 ss.

²¹ Muovono in questa logica molte delle riforme succedutesi a partire dai primi anni Duemila, su alcune delle quali si tornerà *infra*: si pensi, ad esempio, al primo «pacchetto sicurezza» (legge 26 marzo 2001, n. 128), alla legge cd. *ex Cirielli* del 5 dicembre 2005, n. 251, e successivamente alle leggi 24 luglio 2008, n. 125 (di conversione del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*), 28 novembre 2008, n. 186 (di conversione del D.L. 2

risposte decise ed esemplari, finendo non di rado per orientare l'attività tanto del Legislatore quanto della magistratura verso una finalità repressivo-dissuasiva delle pene²²; per contro, non sono mancate fasi storiche in cui è riemersa con forza l'istanza per un diritto penale più attento all'obiettivo di risocializzazione, in particolare mediante il potenziamento delle misure sanzionatorie alternative alla detenzione, nel tentativo di superare la frattura fra l'universo penitenziario e la realtà esterna e guardando al futuro reinserimento del condannato nella società²³.

In questa alternanza tra logiche contrapposte che propugnano pervasive istanze di *esclusione* e promesse di *inclusione* si inserisce la delicata funzione del giudice costituzionale, nel dialogo critico con il Legislatore e con la magistratura, per garantire il costante invero dei valori della Carta, l'unità del sistema

ottobre 2008, n. 151, recante *Misure urgenti in materia di prevenzione e accertamento di reati, di contrasto alla criminalità organizzata e all'immigrazione clandestina*), 23 aprile 2009, n. 38 (di conversione del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*) e 15 luglio 2009, n. 94, recante anch'essa *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*.

²² È noto come alla temporanea svalutazione dell'ideale rieducativo abbia contribuito in larga parte anche il fallimento dello Stato sociale, e con esso la convinzione che un impegno dello Stato per il recupero dei condannati finisse per essere fonte di un ingiustificato e improduttivo dispendio di risorse; sul piano astratto, questo pare in parte ascrivibile anche alla progressiva crisi dei valori di solidarietà discendente dal declino del modello di *Welfare State*, mentre sul piano concreto può certamente avervi concorso l'insufficienza dei servizi assistenziali di supporto ai condannati, inadeguati ad un efficace reinserimento: in tema G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., 259 s.; D.W. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nella società contemporanea*, trad. it., Milano, Net, 2007, 104 ss., 157 ss. V. anche, F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, Giuffrè, 1977, 363 ss., part. 400 nonché, per la necessità di un approccio «problematico» alla questione, ID., *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1/1982, 65 ss. Più di recente, V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 2009, 173 ss.

²³ Muovevano senza dubbio in questa direzione, ad esempio, sia la legge 25 novembre 1962, n. 1634, che ha esteso i presupposti per la concessione della liberazione condizionale, sia, più di recente, la legge 10 ottobre 1986, n. 663, recante «*Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*», anche nota come *Legge Gozzini*; quest'ultima, con l'espresso obiettivo di dare attuazione all'ideale rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost. ha introdotto per la prima volta una espressa disciplina della sicurezza nelle carceri, rafforzando al contempo i rapporti di comunicazione tra istituti di detenzione ed esterno e valorizzando significativamente, in chiave promozionale, la disciplina dei permessi premiali e del lavoro all'esterno. Per approfondire v. G. VASSALLI, *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale*, in *Scuola pos.*, 1964, 402 ss.; E. FASSONE – T. BASILE – G. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria. Commento teorico-pratico alla l. 663/1986*, Napoli, Jovene, 1987; G. FLORA (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, n. 663*, Milano, Giuffrè, 1987.

giuridico e la sua coerente collocazione nella cornice multilivello²⁴ nell'epoca della (e delle) complessità sistemiche.

2. *Finalismo rieducativo ed effetti della pena: coordinate di metodo nella giurisprudenza costituzionale*

Non v'è dubbio che nel concetto di pena si celi una pluridimensionalità di significati e scopi, e negarlo equivarrebbe certamente a peccare di ingenuità²⁵; del pari, sarebbe altrettanto impensabile che l'autentico senso ontologico della stessa potesse essere fissato una volta per tutte in via legislativa: esso dipende infatti, per larga parte, da aspetti extragiuridici come la sensibilità sociale o le direttrici politiche dominanti in un dato contesto storico-culturale, secondo quanto già affermato in precedenza. Eppure, questa *stratificata polifunzionalità*²⁶ deve necessariamente confrontarsi con la lettera del dato costituzionale, il quale assegna espressamente alla pena uno scopo soltanto, ovvero quello di «*tendere alla rieducazione del condannato*»; ed è proprio con questa affermazione che devono fare i conti quelle norme, sempre più numerose, che rispondono in larga (e quasi esclusiva) misura all'esigenza di proteggere l'incolumità personale e la sicurezza sociale, rassicurando i timori collettivi.

Per effetto dell'evoluzione interpretativa datane nel tempo dalla Consulta, l'art. 27, comma 3, Cost. ha trovato terreno per radicare la propria precettività, affermandosi prima quale limite negativo e poi sempre più quale vincolo positivo

²⁴ Non si rinviene nelle Carte europee dei diritti alcun espresso riferimento all'ideale rieducativo analogo a quello contenuto nella nostra Costituzione, ma si deve comunque ricordare che l'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo afferma che «*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani e degradanti*»: la giurisprudenza della Corte EDU ha costantemente interpretato questo principio nel senso della necessità di pene proporzionate e che mirino ad un reinserimento del condannato, anche quando perpetue. Sul tema si tornerà *infra*, in relazione all'oggetto specifico della presente analisi, ma sin d'ora preme richiamare alcuni fondamentali precedenti CEDU espressione di tali principi: Grande Camera, sentenza 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*; Grande Camera, sentenza 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Grande Camera, sentenza 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito* nonché, da ultimo, Prima sezione, sentenza 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*.

²⁵ Cfr. D.W. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano, Il saggiatore, 1999, 53 ss.

²⁶ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 38 s.

per ogni intervento legislativo in materia penale, in un percorso di continuità ideologica che supera l'agnosticismo iniziale della Corte e la frammentarietà diacronica degli indirizzi sul punto²⁷. Se ad esempio nella sentenza 4 febbraio 1966, n. 12²⁸ la Corte ancora intende il finalismo rieducativo come necessariamente inserito nel trattamento penale vero e proprio, tale da non poter essere interpretato in senso esclusivo o assoluto poiché doverosamente concorrente con le altre funzioni della pena, e dunque non di ostacolo a previsioni prevalentemente orientate alla tutela dell'ordine giuridico-sociale, già dopo l'approvazione della legge sull'ordinamento penitenziario (legge n. 354/1975) l'indirizzo interpretativo è oggetto di graduale ma inesorabile revisione, nonostante qualche arresto di segno opposto, peraltro anche in tema di reati ostativi²⁹.

Ad una lettura polifunzionale della pena orientata nel senso di giustapporre tra loro tutti i suoi possibili scopi³⁰, nella consapevolezza di come quest'ultima si prestasse facilmente ad una lettura «opportunistica» *in primis* da parte del Legislatore, la Corte progressivamente va sostituendo un orientamento che valorizza in modo prevalente il precetto costituzionale, pur non potendo negare la coesistenza in astratto di più componenti finalistiche nel concetto stesso di pena³¹.

²⁷ P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO – L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di studio del gruppo di Pisa (Udine, 7 novembre 2008)*, cit., 81 ss.; sul tema v. anche M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., part. 42 ss.; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *www.rivistaic.it*, 2/2014, 1 ss. Per alcune approfondite riflessioni cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., 330 ss.

²⁸ Analoghe sono le statuizioni del giudice costituzionale nella successiva sentenza n. 264/1974, la quale ha ritenuto la pena dell'ergastolo non incompatibile con il principio di rieducazione: osserva in questo caso la Corte che «*funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento del delinquente, purtroppo non sempre conseguibile. [...] non v'è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena*».

²⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte cost., 7 luglio 1980, n. 107, ove si respinge l'incostituzionalità dei limiti oggettivi apposti alla concessione di misure alternative alla detenzione, ricordando che «*accanto alla rieducazione del condannato la pena persegue altri scopi*» ricollegabili a finalità generalpreventive rispetto a fenomeni di criminalità, e qualificando al contempo come una forzatura interpretativa l'asserita prevalenza che i giudici *a quibus* pretendevano di riconoscere al principio rieducativo in virtù del suo rilievo costituzionale.

³⁰ Ricalcano sostanzialmente questo filone giurisprudenziale, *ex multis*, le sentenze della Corte costituzionale nn. 12/1966; 22/1971; 179/1973 e 264/1974.

³¹ Già nella sentenza n. 282/1989, ad esempio, la Corte afferma che «*la finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell'ipotesi che l'esame della personalità del reo e il conseguente giudizio prognostico sulla sua "futura" vita nella società, impongano, prima o durante l'esecuzione (s'intende, purché siano*

Se in passato la Consulta si era preoccupata di circoscrivere la portata e le implicazioni del finalismo rieducativo, sposando le interpretazioni che ne confinavano l'applicazione prevalentemente alla fase di esecuzione³², è a partire dalla sentenza 2 luglio 1990, n. 313, vero caposaldo in materia, che si delineano i tratti del nuovo orientamento costituzionale atto a riconoscere l'afferenza del principio di cui all'art. 27, comma 3, Cost. al contenuto *ontologico* della pena e alla sua legittimazione: come tale esso deve inderogabilmente permeare e accompagnare quest'ultima sin dall'astratta previsione normativa e fino a quando essa non possa dirsi in concreto definitivamente estinta, assumendo i contorni di un vero e proprio *diritto* per i detenuti e di un comando concreto per ogni Autorità che operi nel campo penale, a partire dal Legislatore, il quale sarebbe chiamato a predisporre tutti i mezzi e le forme idonei a garantirlo³³, sino ai giudici della cognizione, dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché all'amministrazione penitenziaria. Questa lettura si presenta perfettamente coerente sia con la cornice e i valori di stampo personalista che permeano l'intera Carta e sia con il principio della dignità umana di cui allo stesso capoverso dell'art. 27 Cost.³⁴, neutralizzando in radice il rischio di «*strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale)*»³⁵: tale affermazione implica peraltro che un'azione autenticamente rieducativa e risocializzante sia pensabile solo nel contesto di un

presenti tutte le altre condizioni stabilite dalla legge) di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l'esecuzione stessa» (punto 5, Considerato in diritto).

³² Cfr. in tal senso le sentenze, alcune delle quali già ricordate *supra*, nn. 12/1966; 21/1971; 167/1973, 143 e 264/1974; 119/1975; 25/1979; 104/1982; 137/1983; 237/1984; 23, 102 e 169/1985; 1023/1988. Come si vede, alcune di esse precedono la legge del 1975 sull'ordinamento penitenziario, ma altre sono ad essa successive: ciò prova la non granitica univocità, almeno sino agli anni Novanta, dell'indirizzo giurisprudenziale teso a consolidare l'infungibile rilievo del finalismo rieducativo.

³³ Così già Corte cost., sentenza 4 luglio 1974, n. 204, punto 2, *Considerato in diritto*.

³⁴ Il principio umanitario e il paradigma rieducativo, racchiusi nello stesso comma 3 dell'art. 27 Cost., non devono infatti essere intesi in maniera dissociata ma quali componenti di un tutt'uno inscindibile, in quanto «*logicamente in funzione l'uno dell'altro*» come assai opportunamente affermato dalla Corte nella sentenza 22 novembre 2013, n. 279; per un approfondimento sul tema della dignità umana cfr. V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2013.

³⁵ Così Corte cost., sentenza n. 313/1990, punto 8, *Considerato in diritto*.

trattamento penale orientato alla valorizzazione della *personalità* del reo, da intendersi sia quale espressione del suo essere *persona* sia quale valorizzazione individualizzata delle sue peculiarità soggettive.

In questa cornice, il riferimento testuale del Costituente al termine *tendere*, lungi dal riferirsi alla non esclusività ed assolutezza del finalismo rieducativo o ad una generica eventualità che la fase trattamentale operi nel senso di una risocializzazione, deve essere inteso come una lungimirante presa d'atto dello iato spesso registrabile nell'esperienza concreta tra la finalizzazione della pena a quell'obiettivo e l'autodeterminazione dei condannati, dalla quale scaturisce la possibilità di esiti non partecipativi al processo di rieducazione³⁶: ai fini di questa analisi il passaggio è cruciale, poiché dimostra come l'interpretazione costituzionalmente orientata del fenomeno penalistico nel suo complesso sottenda già implicitamente la necessità di un trattamento *individualizzato* e calibrato sulle specifiche esigenze rieducative di ogni reo, tale da valorizzarne *in concreto* ogni singolo progresso sul cammino della risocializzazione anche mediante un successivo riesame della pretesa punitiva nei suoi confronti³⁷. Sul piano operativo, ciò presuppone un indispensabile rafforzamento degli strumenti alternativi alla detenzione, la quale all'opposto notoriamente appiattisce le differenze rischiando non di rado di fungere da fonte di pedagogia criminale³⁸.

³⁶ Sottolinea A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 3, l'esigenza che resti comunque garantito al reo il diritto all'offerta trattamentale; questa precisazione vale a superare le obiezioni di chi, interpretando la finalità rieducativa quale obbligo per l'ordinamento di assicurare un recupero *morale* di chi delinque, ne criticerebbe il connotato illiberale ed autoritario. In argomento L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989; C.E. PALIERO, *Pene fisse e costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 726 ss.; più in generale M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna, BUP, 2013, 8 ss.

³⁷ Così si esprime la Corte già nella richiamata sentenza n. 204/1974, sottolineando anche la necessità che un simile compito di verifica sia condotto da un'autorità giurisdizionale e circondato da tutte le garanzie che ad essa fanno capo, ostando la sua innegabile delicatezza all'esercizio dell'ampia discrezionalità normalmente riservata ad organi *lato sensu* amministrativi.

³⁸ Per orientare in chiave rieducativa l'intero sistema sanzionatorio appare indispensabile una sua revisione organica, ben più estesa degli interventi frammentari sinora adottati dal Legislatore, spesso peraltro rivelatisi inefficaci poiché non supportati dall'approntamento e dall'implementazione di idonee strutture organizzative esterne al carcere.

Più di recente, peraltro, la traiettoria della giurisprudenza costituzionale in materia di pena si specifica ulteriormente, e il retroterra teorico sin qui delineato si arricchisce del fondamentale elemento della *proporzionalità*, anch'essa espressione del principio rieducativo in combinata lettura con i canoni di eguaglianza e ragionevolezza di cui l'art. 3 Cost.: in questo senso si afferma che la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona non possono mai eccedere il minimo necessario, e debbono sempre essere inseriti in un'ottica finalistica volta al recupero, alla riparazione, alla riconciliazione e al reinserimento sociale del reo³⁹.

Dai primi anni Novanta in poi, dunque, il principio rieducativo riacquista una vocazione espansiva e tendenzialmente universale, dunque non limitata né ad alcune fasi soltanto della fenomenologia criminologica, né unicamente ad alcuni reati: come è stato acutamente osservato⁴⁰, esso orienta sia la dimensione *statica* della pena, riferibile all'astratto comando legislativo e al momento della concreta comminazione da parte del giudice, sia la sua proiezione *dinamica*, ossia la sua esecuzione nella fase trattamentale, da considerarsi peraltro, necessariamente, in un orizzonte diacronico⁴¹.

Interventi di riforma incentrati sul potenziamento delle misure alternative e su efficienti politiche di depenalizzazione potrebbero al contempo costituire valido rimedio anche al ben noto e gravissimo problema del *sovraffollamento* carcerario, oggetto anche della sentenza della Corte n. 279/2013 e per il quale l'Italia è stata condannata dalla CEDU per violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti (risale all'8 gennaio 2013 la notissima sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*): si veda sul tema anche la Raccomandazione (1999)22 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. La questione è stata spesso affrontata in modo riduttivo dal Legislatore, con un approccio meramente «indulgenziale» che ha contribuito, non di rado, ad una torsione del significato trattamentale delle misure alternative, rendendole semplici strumenti di decarcerazione: cfr. F.C. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Convegno di studio «Enrico de Nicola», XXIII, Milano, Giuffrè, 2002, 149 ss., part. 154. La giurisprudenza costituzionale ha fornito il suo attivo contributo in materia, ad esempio, erodendo progressivamente il sistema di presunzioni assolute in tema di custodia cautelare obbligatoria in carcere introdotte dal cd. *pacchetto sicurezza* del D.L. n. 11/2009 (v. *ex multis* le sentenze nn. 265/2010, 164/2011, 231/2011, 331/2011, 110/2012, 57/2013, 213/2013, 232/2013, 48/2015).

³⁹ In questo senso, quasi testualmente, Corte cost., 13 luglio 2017, n. 179.

⁴⁰ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 3.

⁴¹ In una prospettiva di valorizzazione dell'ideale rieducativo anche su un piano fattivo e concreto, pare opportuno segnalare l'emersione di nuovi paradigmi orientati alla cd. *giustizia riparativa*, specialmente nello scenario penalistico internazionale; in questo senso il momento sanzionatorio sarebbe arricchito da prestazioni positive e condotte riparatorie da parte del reo, con il fine di neutralizzare o comunque circoscrivere le conseguenze negative della condotta

Come si vedrà, questa è la chiave di lettura che la Corte ha utilizzato nel verificare (e spesso negare) la compatibilità con il disegno costituzionale dello speciale regime dei reati ostativi previsto dalla legge 26 luglio 1975, n. 354 in tema di ordinamento penitenziario⁴², ed in particolare del sistema di automatismi e preclusioni che ne stanno alla radice, proprio perché espressione di un diritto penale di stampo repressivo e general-preventivo che indebitamente trascura il diritto fondamentale del condannato ad un percorso di graduale reinserimento nella società: meritevoli di specifico richiamo paiono sin d'ora le parole della sentenza n. 189/2010, ove si afferma che «*se si esclude radicalmente il ricorso a criteri individualizzanti, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo*», di talché gli automatismi si pongono «*sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena*»⁴³.

Sotto un profilo metodologico, tuttavia, la ricordata giurisprudenza ha sempre operato per successivi interventi correttivo-manipolativi, senza mai spingersi a negare in radice la legittimità del meccanismo differenziato previsto per questo tipo di reati⁴⁴: sembra essere questo il punto di equilibrio individuato dalla Corte fra la propria funzione e quella del Legislatore, nonché nel bilanciamento fra finalismo rieducativo e risposta ad esigenze di allarme e insicurezza sociale, anche se può forse anticiparsi l'obiezione che questo atteggiamento *trattenuto* ha per lungo tempo rischiato di assecondare l'andamento ondivago della legislazione e la divaricazione fra apprezzabili aneliti di riforma e cronico immobilismo istituzionale nel metterli in pratica.

illecita, eventualmente anche attraverso una interazione mediata con le stesse vittime. Per una sintesi dei principali caratteri dell'istituto si veda G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 33 ss., 41 ss.

⁴² Poiché ragioni di sintesi non consentono l'analisi dettagliata di tutte le pronunce afferenti al filone giurisprudenziale in esame, sembra comunque opportuno richiamarne gli estremi, anche per avere contezza della frequenza con cui la Corte si è misurata con la questione: solo con riferimento agli anni Novanta e primi anni Duemila, si vedano, *ex multis*, le sentenze nn. 306/1993, 39/1994, 68/1995, 504/1995, 445/1997, 89/1999, 273/2001, 135/2003.

⁴³ Corte cost., sentenza n. 189/2010, punto 2.1, *Considerato in diritto*; nello stesso senso anche le sentenze nn. 257/2006, 79/2007, 255/2006.

⁴⁴ Paradigmatiche del richiamato orientamento sono Corte cost., sentenza n. 273/2001 e Corte cost., sentenza n. 135/2003, ove si sottolinea anche la discrezionalità riservata al Legislatore nelle scelte di politica criminale, con il solo limite della non arbitrarietà delle stesse.

3. *Reati ostativi: coordinate preliminari*

Il filone giurisprudenziale riferibile ai *reati cd. ostativi*, recentemente battuto assai di frequente dalla Corte costituzionale ed in tal modo arricchitosi di numerose indicazioni di principio da parte di quest'ultima, specialmente sul tema della natura e degli obiettivi della sanzione penale, appare particolarmente paradigmatico delle tendenze sistemiche sin qui riassunte: su questo terreno paiono infatti inverarsi sia certe direttrici evolutive del nostro sistema valoriale, anche per effetto dei processi di integrazione sovranazionale e in uno con gli attriti che essi portano con sé, sia le tensioni del rapporto giurisdizione-legislazione, sia infine il rilievo primario assunto dalla (pur delicata) mediazione giurisdizionale fra principi che non accettano di essere sacrificati integralmente gli uni agli altri.

Prima di riflettere sulle implicazioni di tali linee interpretative, occorre peraltro brevemente ripercorrere gli arresti fondamentali che hanno caratterizzato il predetto filone, non senza richiamare le circostanze che ne hanno costituito la cornice di fondo ed entro le quali essi vanno necessariamente contestualizzati.

Al centro delle vicende legislative e giurisprudenziali in esame vi sono principalmente alcune norme della legge n. 354/1975 in tema di ordinamento penitenziario, genericamente riferibili ai rapporti fra l'espiazione della condanna per alcuni titoli di reato e la possibilità di fruire di misure premiali e/o misure alternative alla detenzione. Tra queste, più specificamente, è la norma di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. pen. a rivestire il maggiore rilievo ermeneutico, sia per la *ratio* che sin dalla sua iniziale introduzione ne ha costituito il presupposto e sia per le stratificazioni normative (in parte risultanti da interventi giurisprudenziali) che l'hanno successivamente caratterizzata mutandone i contorni identificativi e, ancorché in parte, le coordinate di fondo: peraltro, come si vedrà, non sempre in modo univoco e compatibile con il finalismo costituzionale.

Volendo tentare di sintetizzare al massimo le questioni che hanno interessato la Corte sul tema dei reati ostativi, individuandone un *fil rouge* pur nella molteplicità degli aspetti oggetto di attenzione, si devono preliminarmente premettere alcune

notazioni riferibili alla disposizione da ultimo richiamata: sin dalla sua introduzione da parte dell'art. 1, comma 1, del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, essa ha infatti inteso introdurre un regime differenziato e maggiormente rigoroso, rispetto alle ordinarie regole per la fruizione da parte dei carcerati dei benefici premiali e delle misure alternative alla detenzione, con riferimento ai condannati per alcune tipologie di reati, accomunati dall'elevato livello di allarme sociale destato e dalla peculiare pericolosità sociale normalmente percepita rispetto a chi li commette; i principali aspetti di differenziazione, tali da delineare un vero e proprio *doppio binario* in ambito penitenziario⁴⁵, riguardano da un lato i presupposti di accesso a tali benefici e, dall'altro, le più alte percentuali di pena da scontare necessariamente in carcere prima di potersi avvalere delle misure extramurarie (lavoro all'esterno, permessi premio ecc.).

Nella sua formulazione originaria, poi oggetto di ripetuti interventi di rimodulazione, l'art. 4-bis ord. pen. prevedeva due regimi differenti, l'uno per i reati più gravi, tra cui quelli riconducibili alla matrice associativa mafiosa⁴⁶ o con finalità di narcotraffico e il sequestro a scopo di estorsione, e l'altro per reati comunque gravi ma solo eventualmente connessi alla criminalità organizzata (ad esempio omicidio, rapina ed estorsione aggravate, produzione e traffico di stupefacenti): per i delitti della prima categoria la norma stabiliva che l'accesso ai benefici penitenziari fosse ammesso solo ove fossero acquisiti «*elementi tali da*

⁴⁵ B. GUAZZALOCA, *Criterio del «doppio binario», utilizzo della «prezialità» e «degiurisdizionalizzazione» del processo di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTRA – G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, Giuffrè, 1995, 141; V. GREVI, *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 fra riforme ed emergenza (1986-1993)*, Padova, Cedam, 1994, 1 ss.; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anti-custodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., 73 ss.; G. CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. pen.*, III, Torino, Utet, 1994, 15. Più di recente sul tema cfr. C. FIORIO, *Il «doppio binario» penitenziario*, in *Archivio penale*, 1/2018, www.archiviopenale.it.

⁴⁶ Rientrano nella categoria tanto lo specifico reato di associazione mafiosa ex art. 416-bis c.p. quanto quelli cd. «di contesto mafioso», ovvero non direttamente ricollegabili all'appartenenza alla criminalità organizzata ma commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste da tale norma.

escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva»; per quelli della seconda la condizione per fruire dei benefici era invece una prova di tipo negativo, concernente l'insussistenza di elementi che provassero l'attualità di quei collegamenti.

Fu per effetto dell'art. 15, D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356 (*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*), che si ebbe un notevole inasprimento del regime applicabile ai reati «di prima fascia» previsti dalla norma, elevando la *collaborazione con la giustizia* ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen. ad unico presupposto per la fruizione dei benefici penitenziari⁴⁷, con l'eccezione dei soli casi in cui essa risultasse impossibile, inesigibile od oggettivamente irrilevante⁴⁸.

Le ragioni di tale correttivo, ancorché esteso a tutti i reati menzionati dalla norma, vanno prevalentemente ricercate nel tentativo dello Stato di fornire una risposta «di forza» alla recrudescenza dei reati di matrice mafiosa dei primi anni Novanta del secolo scorso: il riferimento è notoriamente alla serie di fatti delittuosi e di cronaca che in quel frangente hanno scosso profondamente l'opinione

⁴⁷ La giurisprudenza costituzionale ha osservato che attraverso tale modifica si sarebbe attuato un passaggio «da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)»: cfr. in tal senso Corte cost., sentenza 22 febbraio 1995, n. 68. Più specificamente, l'art. 58-ter ord. pen. si riferisce testualmente a «coloro che, anche dopo la condanna, 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».

⁴⁸ L'esclusione valevole per l'oggettiva irrilevanza della collaborazione è stata espressamente introdotta nel testo dell'art. 4-bis dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 di conversione del D.L. 306/1992, mentre l'assimilazione alla stessa delle ipotesi di impossibilità e inesigibilità è frutto di una serie di pronunce della Corte costituzionale, miranti a superare l'unicità del meccanismo di collaborazione *utile* quale condizione di superamento dell'ostatività: in questo senso si vedano le sentenze della Corte nn. 306/1993, n. 357/1994, n. 361/1994 e n. 68/1995. Per un'approfondita ricostruzione cfr. F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, Giuffrè, 2012, 300 ss. A fini di completezza si precisa che l'*irrilevanza* della collaborazione deriverebbe dall'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, mentre l'*inesigibilità* si legherebbe alla limitata partecipazione al fatto criminoso ove accertata nella sentenza di condanna, sempre che nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, numero 6 (anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna), dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, c.p., e sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere con certezza l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

pubblica, culminando nelle stragi di Capaci e di Via d'Amelio ed acuendo la necessità di pene sufficientemente severe e certe per reprimere alla radice qualunque manifestazione di questo gravissimo fenomeno che da sempre rappresenta una delle più note e peculiari criticità del nostro Paese; conscio della capillarità, latenza e persistenza che notoriamente caratterizzano il vincolo di appartenenza alle associazioni di tale tipo di criminalità organizzata, il Legislatore ha inteso valorizzare in modo prioritario l'istituto della collaborazione con la giustizia quale strumento in grado di provare la definitiva rescissione di quel legame nonché la conseguente cessazione della pericolosità sociale di siffatta specifica categoria di autori di reato.

Questa indispensabile cornice di riferimento, la quale a ben vedere non sembra riguardare soltanto né l'art. 4-bis ord. pen. né i reati di mafia ma semmai le generali coordinate di fondo della normativa di ordinamento penitenziario, può in parte spiegare l'atteggiamento a volte ondivago del Legislatore nell'individuazione dei prioritari obiettivi sottesi alla disciplina di esecuzione della pena, assoggettato ai condizionamenti dettati dalla contingenza e costantemente in bilico fra esigenze, da un lato, di prevenzione generale e tutela della pubblica sicurezza e, dall'altro, di valorizzazione della funzione rieducativa della pena in coerenza con il dettato costituzionale. Anzi, non sembra di eccedere se si anticipa, come meglio si vedrà, che costituisce tendenza recente della politica anche nazionale quella di fare della fermezza (ancorché a volte solo apparente) nella reazione repressiva pubblica a tutela della sicurezza collettiva un fondamentale connettore di consenso mediatico-elettorale, con la conseguente produzione di un diritto penale «del rischio» che espone a possibili erosioni i paradigmi di garanzia alla base della scienza penalistica sin dall'Illuminismo⁴⁹.

A riprova di ciò basti sottolineare che il catalogo dei reati enumerati all'art. 4-bis della legge n. 374/1975 e sottoposti al suo particolare regime si è nel tempo notevolmente ampliato, nel tentativo del Legislatore di inasprire la risposta rispetto ad ulteriori fenomeni criminosi particolarmente odiosi per l'opinione pubblica: così

⁴⁹ Per approfondire, W. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Crit. dir.*, 1-2/2008, 15 ss.

è stato, tra gli altri, per i delitti di pornografia e prostituzione minorile, violenza sessuale di gruppo, per i crimini connessi al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nonché, da ultimo, per molti reati contro la Pubblica Amministrazione, sulla scia di un sentimento popolare di particolare insofferenza verso prassi *lato sensu* corruttive all'interno degli apparati pubblici⁵⁰. Ciò è stato fatto, tuttavia, spesso in modo compulsivo e senza seguire reali ed efficaci disegni di politica criminale o di coerenza sistemica⁵¹, e dunque, come accennato, sull'onda delle contingenze e di un *diritto penale dell'emergenza*, finendo quasi per trasformare un regime che si voleva eccezionale in quello applicabile in via ordinaria⁵²: una simile condotta legislativa ha progressivamente instaurato un regime di preclusioni assolute e rigidi automatismi che pone fortemente in ombra l'ideale rieducativo enfatizzato dal Costituente ed anzi pare addirittura scindere la pena e la sua esecuzione da qualsiasi considerazione di ragionevolezza e proporzionalità⁵³.

⁵⁰ L'inserimento nel catalogo dei reati ostativi di molti dei reati contro la Pubblica amministrazione (reati di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, comma 1, 320, 321, 322, 322-bis) si deve infatti alla recente 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», meglio nota significativamente come legge «Spazzacorrotti». Non sono mancati tra gli interpreti commenti duramente critici a tale legge, proprio per l'allontanamento ingiustificato rispetto al paradigma rieducativo e la visione fortemente punitivo-repressiva che essa sembra recare quale *ratio* ispiratrice: tra i molti, si v. V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2/2019, 105 ss.; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1 ss.; R. CANTONE, *Il Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giur. pen.*, 2018, 10.

⁵¹ La Corte costituzionale è apparsa assai critica su questo aspetto, stigmatizzando la natura eterogenea e stratificata della norma, nonché la diseguale gravità dei reati che figurano nel catalogo ivi contenuto: si vedano in tal senso le sentenze nn. 76/2017, 32/2016 e 239/2014; assai negativo è anche il giudizio espresso sulla norma da G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 60, il quale parla in proposito di «accozzaglia di reati» nonché di «stalattite normativa» per indicarne la formazione per sedimentazioni progressive.

⁵² In tema L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2/2015.

⁵³ Sul tema degli automatismi legislativi, pur nella vastità della letteratura esistente, si segnalano: A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 194 ss.; G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 209 ss.; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4909 ss.; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 12 ss.; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, Voce in «Libro

Per queste ragioni il peculiare regime dei reati ostativi è stato oggetto di un graduale fenomeno di «reindirizzamento» ad opera della giurisprudenza costituzionale, con l'obiettivo di correggere, ove eccessive, le *derive* del Legislatore rispetto al sistema di valori emergente in materia dalla Carta, senza tuttavia giungere mai alla drastica eliminazione dell'intero meccanismo differenziato; questa precisazione non appare irrilevante, posto che a ben vedere nella visione della Corte non è l'ostatività in sé ad apparire in contrasto con l'ideale rieducativo, ma l'automatismo degli effetti della scelta di non collaborare nonché l'assolutezza della presunzione di pericolosità per alcuni «tipi di autore»⁵⁴, in assenza di qualunque bilanciamento sul piano valoriale⁵⁵.

Un secondo piano di lettura del filone giurisprudenziale di cui si tratta, forse più sfuggente ma al contempo più profondo nel suo significato sistemico, è quello che consente di riflettere sulle dinamiche del rapporto fra poteri di cui si accennava

dell'anno Treccani 2014», in *www.treccani.it*; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2014, *www.gruppodipisa.it*; E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI – M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, ESI, 2014, 85 ss.; S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2018, *www.gruppodipisa.it*.

⁵⁴ Sono ben note le teorizzazioni di GÜNTER JAKOBS sull'esistenza di un cd. diritto penale *del nemico* (*Feindstrafrecht*), contrapposto al diritto penale *del cittadino* (*Bürgerstrafrecht*), alla base del quale non vi sarebbe una politica criminale di repressione di specifiche condotte ma la pericolosa tendenza a trasferire il particolare disvalore di alcuni reati in capo ai relativi autori, per i quali la percepita necessità di neutralizzazione sarebbe forte sino al punto di estrometterli, almeno in parte, dalle garanzie proprie del diritto penale. Si vedano in proposito, tra le molte, G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, 751 ss.; ID., *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in A. ESER – W. HASSEMER – B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, 47 ss.; sul tema v. anche A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 2007; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., part. 184 ss.

⁵⁵ Così anche Corte cost., sentenza n. 135/2003, punto 4, *Considerato in diritto*, che riprende la precedente sentenza n. 68/1995; in realtà, la valorizzazione della collaborazione con la giustizia quale segno concreto di un rinnegamento del legame con il sodalizio criminoso reca a sua volta con sé non poche ambiguità: in particolare, essa non dice nulla sull'autentico ravvedimento *soggettivo* del condannato, potendo essere molteplici, e non di rado anche opportunistiche, le ragioni che spingono il reo ad una condotta collaborativa (cfr. Corte cost., sentenza n. 306/1993, punti 9 e 13, *Considerato in diritto*) così come può essere non volontaria ma frutto di coazione, ad esempio per il timore di ritorsioni, anche la scelta non collaborare. Di ciò è parsa particolarmente consapevole la giurisprudenza CEDU, che fa ripetuto riferimento a questi aspetti nella sentenza 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*.

in apertura: l'automatismo legislativo finisce per svalutare irrimediabilmente il ruolo e le attribuzioni della magistratura (in questo specifico caso, quella di sorveglianza) e per appiattare la pena sulle logiche spesso contingenti e securitarie (coerenti con la presunzione assoluta di pericolosità sociale) che non di rado, come s'è visto, pervadono la normativa penitenziaria; ciò, per il tramite della negazione di un diritto del condannato alla revisione della pretesa punitiva statale nei suoi confronti e alla verifica del percorso rieducativo dallo stesso eventualmente compiuto, è fonte di gravissimo *vulnus* del principio personalista e del valore della dignità umana che costituiscono, in un tutt'uno inscindibile con la finalità rieducativa, il «volto costituzionale» della pena: compito della Corte è stato ed è, dunque, ristabilire l'ordine e correggere tali squilibri, nell'esercizio di una delicata quanto indispensabile funzione di *mediazione*.

4. Diretrici evolutive dell'art. 4-bis, ord. pen.: un andamento rapsodico nella discontinuità fra poteri

Come in parte già anticipato, l'evoluzione conosciuta dall'art. 4-bis della legge n. 374/1975 e dalle norme dell'ordinamento penitenziario che ad essa fanno riferimento si è mossa lungo un duplice e parallelo binario, ispirato da logiche differenti e promanante da fonti diverse: per questo si tratta di una evoluzione per certi versi rapsodica, da cui si fatica a trarre coordinate di univocità, e che perciò è divenuta il simbolo di una incomunicabilità fra poteri che spesso è causa di attriti interpretativi.

Sin dalla prima modifica apportata nel 1992 alla norma *de qua* dal Legislatore nel senso di un forte inasprimento del regime ostativo, tale da valorizzare fortemente il fenomeno del cd. *pentitismo*⁵⁶ quale strumento di lotta alla criminalità

⁵⁶ B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 123 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, ESI, 1997, part. 175 ss. Nella sua *ratio* originaria, lo scopo delle restrizioni nell'accesso a misure alternative e benefici penitenziari poggiava da un lato sull'intento di segregazione e neutralizzazione del detenuto che avesse intrattenuto rapporti con la criminalità organizzata, nella speranza di indurlo attraverso meccanismi di coazione psicologica alla collaborazione con la giustizia, e dall'altro sulla volontà di recidere, impedendo i contatti con l'esterno, il vincolo particolarmente resistente proprio dei sodalizi di stampo mafioso o di

organizzata nella cornice di contesto sopra ricordata, la Corte costituzionale è sistematicamente intervenuta per censurare la deviazione di tutte le successive novelle all'art. 4-bis dal sistema di valori emergente dalla Carta: se ogni correttivo giurisprudenziale ha costantemente operato per rimarcare il carattere *eccezionale* del regime penitenziario ostativo e delle sue durezze rispetto a quello ordinario, il Legislatore ha all'opposto mirato ad ampliare (e, si direbbe, quasi a generalizzare) l'applicazione di quello speciale regime, traslandone la *ratio* originaria. Da norma nata per fronteggiare la criminalità organizzata essa è divenuta, attraverso gli snodi legislativi riecheggianti sopra, il *passepertout* per delineare «percorsi esecutivi di maggior rigore»⁵⁷ per un catalogo di reati non definibili a priori, e peraltro in crescente espansione, che a seconda dei momenti destano particolare allarme nella collettività; questo aspetto contribuisce ad evidenziare una delle principali criticità di fondo che caratterizzano la norma da una prospettiva costituzionalistica, ossia il fatto che la presunzione di pericolosità che ne dovrebbe costituire la ragione giustificatrice venga operata in astratto, con mero riferimento ad una tipizzazione per titoli ed autori di reato, quando invece essa dovrebbe semmai discendere dalla valutazione in concreto operata dal giudice in sede di condanna ed emergere al più dal *quantum* di pena comminata: in questo modo si snatura infatti, di conseguenza, anche la valenza premiale delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari, tramutati da strumento di incentivo alla rieducazione in mezzi asserviti a fini di politica criminale.

Questo aspetto è centrale, riassumendo in sé le principali censure lungo cui si snoda l'esegesi costituzionale in materia di reati ostativi: *in primis*, un regime che escluda qualunque opportunità trattamentale in modo aprioristico ed in assenza di una valutazione individualizzata stravolgerebbe il disegno costituzionale, in cui

analogia natura: in tema V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, cit., 10; A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, Raffaello Cortina, 1994, 59 ss.; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2011, 167.

⁵⁷ C. CESARI – G. GIOSTRA, *Art. 4-bis*, in V. GREVI – G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, IV ed., Padova, Cedam, 2011, 59.

quelle opportunità non costituiscono il *fine ultimo* ma soltanto il *mezzo* strumentale alla finalità rieducativa di cui all'art. 27, comma 3 Cost.; secondariamente, l'assolutezza non solo delle preclusioni ma delle stesse presunzioni che fondano l'automatismo legislativo svaluterebbe il ruolo indispensabile della magistratura di sorveglianza nella valutazione dei progressi compiuti da condannati e detenuti nel percorso rieducativo e di risocializzazione, nell'ottica di garantire un reinserimento graduale ma effettivo del reo nella società coerente con l'ideale (anche umanitario) per cui nessuna persona è mai irrecuperabile o perduta per sempre⁵⁸; da ultimo, non meno importante è che il regime dell'ostatività finirebbe per coartare la volontà del detenuto dietro il ricatto di un'esecuzione di particolare afflittività, in contrasto con la libertà morale e con il principio del *nemo tenetur se detegere* (artt. 2, 24 e 27, comma 2, Cost.).

Se quest'ultimo aspetto ha nel nostro ordinamento interessato prevalentemente l'approfondimento dottrinale⁵⁹, salvo poi essere riportato di recente all'attenzione dal diritto europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶⁰, è lungo le

⁵⁸ In quest'ottica deve essere letta anche l'abolizione definitiva dalla Carta, per mezzo della legge costituzionale n. 1 del 2007, di ogni riferimento alla pena di morte; una simile scelta ha una sicura portata epistemologica, sottendendo una decisa e definitiva riaffermazione, anche in senso testuale, della centralità del finalismo rieducativo: cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 4; in generale v. anche D. CHINNICI, *I «buchi neri» nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2015, 62 ss.

⁵⁹ M. BONTEMPELLI, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, 1527 ss.; G. NEPPI MODONA, *Profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, 1510 ss.; E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, 1500 ss.; più di recente v. anche G. PICARO, *L'introduzione dei delitti contro la P.A. nel catalogo dei reati ostativi: tra scelte di politica criminale e giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 maggio 2019. La giurisprudenza costituzionale non si è mai compiutamente soffermata su questo aspetto; un riferimento, se pur indiretto, si può cogliere nella sentenza n. 306/1993 (su cui *infra*), ove la Corte valuta se il meccanismo ostativo contrasti con il diritto di difesa ex art. 24, comma 2, Cost., obbligando il detenuto alla scelta di una particolare linea difensiva: in proposito essa conclude che il diritto di difesa può operare solo nei limiti della norma sostanziale disciplinante il diritto che si fa valere, e dunque per una non incostituzionalità dell'art. 4-bis sotto questo profilo.

⁶⁰ La scelta legislativa di «sanzionare» la condotta non collaborante sarebbe in contrasto con il fondamentale *diritto al silenzio*, riconosciuto a livello europeo come fondamentale ed irrinunciabile espressione della libertà morale dell'individuo, e dunque oggetto di necessaria garanzia in ogni fase processuale: si veda in proposito la Direttiva UE 2016/343 del Parlamento e del Consiglio nonché la giurisprudenza CEDU sin da *Saunders v. Regno Unito*, 17 dicembre 1996 (ove al par. 68 si legge che, benché non esplicitamente menzionato nell'art. 6 della

altre direttrici richiamate che si registrano le più importanti pronunce della Corte in materia: non sembra pertanto inutile tentare di delineare un percorso ricostruttivo di tale filone, da condurre peraltro in necessario parallelo con l'evoluzione legislativa, così da evidenziare la divergenza delle coordinate tra i due sentieri e riflettere sulle implicazioni sistemiche della stessa.

4.1. Il «canto a due voci» tra Corte costituzionale e Legislatore: una prima fase di correttivi giurisprudenziali e ampliamenti normativi al regime degli automatismi

La prima pronuncia che ha specificamente interessato l'art. 4-bis, come anticipato, segue di un solo anno⁶¹ l'introduzione del regime che fissa il presupposto collaborativo quale unica via per l'accesso ai benefici penitenziari, segno di come la Corte si sia mostrata da subito attenta alla portata potenzialmente contraria a Costituzione del meccanismo così disciplinato: il riferimento è alla nota sentenza 7 agosto 1993, n. 306⁶², la quale, pur accogliendo in questo primo intervento la questione sollevata solo riguardo la *revoca* delle misure e dei benefici già concessi e non la *preclusione* alla concessione degli stessi⁶³, ha fissato i capisaldi della giurisprudenza costituzionale in materia successivamente rimasti, salvo isolati casi, sostanzialmente inalterati.

La decisione muove a partire dal coevo contesto interpretativo sul finalismo della pena che si è tentato in precedenza di ricostruire (in particolare mediante i rimandi alla sentenza n. 313/1990): essa accoglie dunque sostanzialmente l'idea della rieducazione come non sacrificabile mai per intero ma non disconosce la teoria della polifunzionalità della sanzione penale, riconoscendo al Legislatore la

Convenzione, il diritto al silenzio è «*generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6*»).

⁶¹ È interessante notare come la sentenza richiamata porti la data del 7 agosto 1993, simbolicamente coincidente, a distanza di un anno, con quella della legge 7 agosto 1992, n. 356 di conversione del D.L. n. 306/1992, che ha appunto introdotto stabilmente il regime in parola.

⁶² In tema v. C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 153 ss.

⁶³ Appare critica sul punto E. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 861 ss.

prerogativa di far ragionevolmente prevalere di volta in volta la più opportuna finalità a patto che nessuna venga sacrificata *in toto*; per l'odierno interprete la posizione può apparire forse non sufficientemente garantista o eccessivamente timida rispetto alle scelte di politica criminale, ma non va comunque dimenticata la cornice di eventi nella quale è giunta la pronuncia e i progressi che essa comunque segna rispetto all'indirizzo precedente. Un secondo punto assai importante, e direttamente collegato a tale ultima riflessione, è il passaggio in cui la Corte evidenzia nel suo significato più profondo il proprio ruolo di *mediazione* nel bilanciamento fra valori ordinamentali contrapposti: essa afferma infatti come «appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia»⁶⁴; leggendo questo passaggio, e tenendo presente che l'esito finale del giudizio è stato di rigetto rispetto alla complessiva censura del meccanismo di cui all'art. 4-bis ord. pen., si potrebbe pensare che la Corte abbia adottato un indebito atteggiamento di *self-restraint*, compiendo un passo indietro rispetto all'indirizzo scandito a chiare lettere nella sentenza n. 313/1990 sul finalismo rieducativo. Nondimeno, poche righe oltre il passaggio menzionato, si scorge, se pur velato, un chiaro monito al Legislatore: il meccanismo ostativo fondato sulla collaborazione si giustifica sul piano della ragionevolezza solo limitatamente all'essenziale finalità di lotta a fenomeni di criminalità organizzata particolarmente diffusi e radicati, e non in assoluto; la Corte rileva infatti come il meccanismo normativo abbia gravemente compromesso la finalità rieducativa della pena, soprattutto per effetto della tipizzazione per titoli che esso introduce nel sistema e per la implicita tendenza alla ricognizione di *tipi d'autore* la rieducazione dei quali non sarebbe mai possibile, definita dalla Corte «preoccupante» e contraria ai principi di proporzione ed individualizzazione della pena⁶⁵. Con questi presupposti, l'ideale di cui all'art. 27, comma 3 Cost. non sarebbe compromesso, e la questione

⁶⁴ Corte cost., sentenza n. 306/1993, punto 11, *Considerato in diritto*.

⁶⁵ *Ibidem*.

fondata, per il solo fatto che la legge di conversione del D.L. 306/1992 ha consentito anche ai condannati di cui all'art. 4-*bis*, a prescindere dalla collaborazione prestata, di fruire della liberazione anticipata, istituto cardine del percorso rieducativo.

Differente è invece l'esito del giudizio con riguardo al regime di *revoca* delle misure già concesse, ugualmente disposta dal D.L. n. 306/1992 (art. 15, comma 2) per chi non si trovasse nella condizione di cui all'art. 58-*ter*, sia sul piano della retroattività e sia sul piano finalistico: in questo caso interrompere il percorso di risocializzazione già positivamente instaurato in assenza di alcun motivo di demerito da parte del reo costituirebbe per la Corte una indebita vanificazione di un diritto già riconosciuto da una legge precedente e sarebbe dunque irragionevole perché in contrasto con il principio di colpevolezza e con la finalità rieducativa della pena, entrambi coerentemente espressi dallo stesso art. 27 Cost.; la mancanza di qualunque condotta addebitabile al condannato svincolerebbe la revoca da una valutazione delle personali responsabilità del reo e dunque dal principio di personalizzazione⁶⁶, rendendo priva di fondamento la presunzione di pericolosità che il Legislatore fa discendere dalla mancata collaborazione: la volontà di valorizzare quest'ultima infatti, si configurerebbe come una scelta di politica criminale e non penitenziaria, e le ragioni della sua mancanza non sarebbero, in un'ottica di ragionevolezza, necessariamente rimproverabili. In questo senso ci si permette di aggiungere che il meccanismo contrasterebbe frontalmente con la necessità del condannato di conoscere in anticipo le modalità attraverso cui pervenire all'accesso a benefici premiali ed altre misure incentivanti la

⁶⁶ Anche nella giurisprudenza costituzionale, sin da Corte cost., sentenza n. 282/1989, costituisce assunto pacifico che il principio di colpevolezza di cui all'art. 27, primo comma, Cost. informi di sé non solo la fase di *irrogazione* ma anche quella di *esecuzione* della pena; da ciò discende altresì che la revoca di un beneficio penitenziario già concesso debba necessariamente essere proporzionata ed adeguata alla gravità della condotta assunta dal reo, in ossequio al principio di individualizzazione della pena: cfr. sul tema anche Corte cost., nn. 50/1980; 347/1987; 203/1991. Ricorda che nel nostro sistema il principio di personalizzazione vale non solo con riguardo alla responsabilità ma anche alla pena, G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2015, 3.

risocializzazione secondo un principio di *prevedibilità* che è corollario della dignità umana, profilo questo particolarmente sentito dalla giurisprudenza di Strasburgo⁶⁷.

Il secondo fondamentale aspetto di censurabilità della nuova previsione, sempre con riguardo alla revoca, è la sostanziale sovrabbondanza del meccanismo che essa introduce, sul presupposto che già la versione originaria dell'art. 4-*bis* ord. pen. ammettesse la revoca delle misure concesse ove la magistratura di sorveglianza accertasse la persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, questa sì dipendente dal venir meno dell'adesione al percorso già intrapreso: implicitamente, la pronuncia valorizza così il ruolo discrezionalmente valutativo della predetta magistratura, sin dal momento dell'originaria indagine condotta in punto di concreta (e non presunta) pericolosità sociale e di reale (e non presunta) permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata in sede di prima concessione delle misure alternative.

Queste importanti acquisizioni di principio si consolidano nella giurisprudenza costituzionale successiva, ove viene costantemente ribadita l'importanza dell'accertamento *in concreto* della pericolosità sociale al di là di meccanismi presuntivi assoluti fatti discendere dalla mancata collaborazione; utile indice, in quest'ottica, può rivelarsi anche la condotta penitenziaria del detenuto, capace di mostrare lo stadio raggiunto nel percorso di risocializzazione secondo una impostazione fedele alla *progressività* trattamentale, che del principio rieducativo costituisce fondamentale corollario⁶⁸. Va tuttavia notato che ancora in queste

⁶⁷ Sin dalla sentenza della Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, pronuncia capostipite in materia di ergastolo ostativo, la Corte EDU ha ricondotto al principio di umanità della pena ex art. 3 della Convenzione la necessità che il detenuto sappia sin dal momento della condanna quale condotta tenere per poter sperare in una futura riduzione della pena (in questo caso il riferimento è appunto alla pena perpetua): ciò sarebbe espressione dei fondamentali principi di certezza, prevedibilità e affidamento, nonché dell'inalienabile diritto dei detenuti alla speranza («*Right to hope*») di poter riscattare gli errori commessi e dell'annessa possibilità che la pretesa punitiva nei loro confronti sia prima o poi sottoposta a revisione. In realtà il profilo della prevedibilità, in relazione ad un possibile rilievo dell'ostatività del reato *post sententiam*, in sede di valutazione sulla concedibilità delle misure alternative richieste da un detenuto, solleverebbe un dubbio di compatibilità dell'istituto anche con l'art. 7 della Convenzione e con il divieto di trattamento sanzionatorio peggiore a quello previsto al momento di commissione del reato.

⁶⁸ Si collocano in quest'ottica le sentenze della Corte cost., nn. 357/1994 e 68/1995 (che valorizzano la necessità di un controllo del giudice a sostegno dell'insufficiente automatismo

pronunce le censure di costituzionalità si attagliano su aspetti di irragionevole distinzione rispetto al regime applicabile a soggetti già detenuti al momento di entrata in vigore del nuovo regime restrittivo di cui al D.L. n. 306/1992 e che avevano già utilmente fruito (o maturato i requisiti per usufruire) delle misure premiali prima dell'introduzione dell'art. 4-bis: ciò non per sminuire la portata delle enunciazioni della Corte, ma per rilevare come il percorso argomentativo da essa seguito in materia sia stato graduale ma costante, così da erodere meccanismi incostituzionali senza mai dar luogo a frontali attriti con il Legislatore.

Se questa continuità giurisprudenziale pareva ormai aver enucleato le coordinate essenziali di costituzionalità del regime ostativo (sinora riferito in sostanza solo a fattispecie riconducibili *lato sensu* alla criminalità organizzata, e per esse soltanto salvato dalla Corte in ragione delle relative peculiarità criminologiche), l'evoluzione successiva denota alcuni significativi cambiamenti, anch'essi da leggersi contestualmente ad alcune vicende socio-politiche.

I primi anni Duemila costituiscono la cornice di alcuni fra i più drammatici eventi della contemporaneità, identificabili in primo luogo con l'attentato al *World Trade Center* di New York dell'11 settembre 2001 e con il conseguente clima di insicurezza rispetto (anche, ma non solo) alla minaccia del terrorismo, peraltro acuito dalla coeva forte spinta globalizzatrice; non è dunque un caso che proprio in questa fase la legislazione, anche nel nostro Paese, abbia conosciuto una decisa svolta di stampo repressivo, ispirata da logiche emergenziali⁶⁹: appartengono al predetto filone, ad esempio, sia il primo «pacchetto sicurezza» introdotto con legge 26 marzo 2001, n. 128, sia, per quello che qui più rileva, la legge 23 dicembre 2002,

legislativo), nn. 504/1995 e 137/1999 (in materia di permessi premio), n. 445/1997 (in materia di semilibertà).

⁶⁹ Per approfondire S. MOCCIA (a cura di), *La riforma continua. Il riformismo giuridico nell'«era progressista»*. Tentativo di bilancio, Napoli, ESI, 2002; M. PAVARINI - B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, Martina, 2004, part. 183. Per una ricostruzione dettagliata di come le riforme succedutesi abbiano inciso sull'art. 4-bis della legge n. 374/1975 si v. C. CESARI - G. GIOSTRA, *Art. 4-bis*, cit., 54 ss.

A livello nazionale, per giustificare il clima di diffuso allarme sociale, si pensi al riacutizzarsi della criminalità violenta delle Brigate Rosse, culminata negli omicidi Biagi e D'Antona avvenuti proprio tra il 1999 e il 2002.

n. 279 in materia di trattamento penitenziario⁷⁰. Per effetto di quest'ultima, sulla scia dei richiamati eventi, si inasprisce ulteriormente il regime carcerario (già ostativo) per i reati di terrorismo, ricondotti dalla riforma nel regime di prima fascia dell'art. 4-bis⁷¹: cominciano dunque a percepirsi i primi segnali di un allontanamento dalla *ratio* originaria della norma, ossia la lotta al fenomeno mafioso, e di un ampliamento del regime più rigoroso a reati che con essa condividono non tanto la struttura o le caratteristiche, mancando ad esempio alle organizzazioni terroristiche la capacità di pervasiva infiltrazione nel tessuto sociale⁷², ma l'allarme destato nella società, e dando così corpo ai timori già espressi dalla giurisprudenza costituzionale. Se a questo punto sarebbe stato lecito attendersi in risposta una dura presa di posizione della Corte, la realtà è che anche quest'ultima sembra fare alcuni passi indietro sul percorso sino ad allora intrapreso: in più di una pronuncia emerge un esplicito avallo del meccanismo preclusivo per come delineato dall'art. 4-bis ord. pen., sul presupposto per cui la collaborazione sarebbe invero frutto di una scelta consapevole del reo tale da escludere l'esistenza di un vero e proprio automatismo legislativo⁷³. Non sembrerebbe esservi dubbio, all'opposto, sulla natura della presunzione di pericolosità e sulla sua assolutezza anche in campo applicativo: è da questo momento, infatti, che prenderà il via l'espansione normativa del catalogo dei reati ostativi, con l'intento, nemmeno troppo sottaciuto, di impedire che un soggetto diverso dall'attore politico possa interferire sulle strategie criminologiche

⁷⁰ Sembrerebbero peraltro ispirati alla medesima *ratio* «emergenziale» anche il D.L. n. 341/2000 (*Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia*), la legge n. 92/2001 (*Modifiche alla normativa concernente la repressione del contrabbando di tabacchi lavorati*) e la legge n. 189/2002 (*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*), tutti entrati in vigore nel medesimo contesto.

⁷¹ Era stata per il vero la legge di conversione n. 356/1992 a trasferire il terrorismo tra i reati di seconda fascia, modificando il D.L. n. 306/1992 che li aveva collocati tra i più gravi.

⁷² Così D. PETRINI, *Il regime di «carcere duro» diventa definitivo. Commento articolo per articolo alla l. 23.12.2002 n. 279 – Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2/2003, 233.

⁷³ Il riferimento è alle sentenze n. 273/2001, n. 280/2001 e n. 135/2003.

ordinamentali, rischiando di porre nel nulla gli obiettivi di difesa sociale perseguiti dalle norme in esame⁷⁴.

Le difficoltà mostrate dalla Corte nel fronteggiare simili temi, d'altronde, danno l'idea di quanto in certe contingenze possa essere arduo bilanciare valori od obiettivi tra loro confliggenti, nonché estromettere del tutto dal giudizio la componente politico-istituzionale, o disconoscere l'eco di un *background* giuridico potenzialmente in grado, almeno in parte, di condizionare le scelte, o ancora minare l'immagine di un Legislatore in grado di dare risposte attente e risolutive, con il rischio di alimentare viepiù l'insicurezza sociale⁷⁵.

Tanto più che negli anni successivi, forse incoraggiato dall'atteggiamento indulgente della giurisprudenza poc'anzi richiamata, il Legislatore prosegue imperterrito nell'*escalation* espansiva del catalogo dei reati ostativi, perseguendo a ben vedere i medesimi obiettivi di politica criminale: con la legge n. 38/2006 vengono aggiunti all'art. 4-bis ord. pen. i reati di sfruttamento sessuale di minori e di pedopornografia anche a mezzo informatico (di cui agli artt. 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies, c.p.), mentre il cd. *pacchetto sicurezza 2009* (D.L. n. 11/2009) inasprisce fortemente il regime di alcuni reati sessuali, poi parzialmente mitigato in sede di conversione⁷⁶. Anche in questo caso, fatti di cronaca verificatisi in concomitanza dell'emanazione del decreto avevano suscitato l'afflato ad una risposta duramente repressiva, più per comunicare risposte concrete all'onda emotiva creatasi che non

⁷⁴ Così L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, 23.

⁷⁵ Si esprime in termini di «forte efficientismo simbolico» con riguardo all'art. 4-bis ord. pen. E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO – L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di studio del gruppo di Pisa (Udine, 7 novembre 2008)*, cit., 216.

⁷⁶ Questo aspetto induce a riflettere sulle differenze di impostazione della legislazione di fonte governativa rispetto a quella parlamentare nella delicata materia in esame: come appare evidente in questo caso, la prima sembra orientata da logiche maggiormente «parziali» e dal tentativo di attrarre prima di tutto consenso politico, ove la seconda opera quale correttivo in senso maggiormente conforme ad un'ottica di garantismo e mite contemperamento fra contrapposti interessi. In senso critico verso le disposizioni del D.L. 11/2009 v. G. FIORILLI, *Effettività della pena per i pedofili e gli autori dei reati a sfondo sessuale: obiettivo raggiunto?*, in *Giust., pen.*, 10/2009, 604 ss.; per approfondire S. CORBETTA – A. DELLA BELLA – G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Milano, Ipsoa, 2009.

in base ad un reale disegno di coerenza normativa⁷⁷: ciò induce, da un lato, ad osservare come dal catalogo dei reati ostativi vada sempre più scolorendo il collegamento con la originaria *ratio* di lotta alla criminalità organizzata, presupposto precipuo della avallata legittimità del regime differenziato, e, dall'altro, a riflettere sin d'ora sul legame spesso tendenzioso ma assai stretto tra indirizzi di politica criminale e mezzi di comunicazione, come si accennerà nelle considerazioni conclusive del presente lavoro.

4.2. (segue) Una seconda fase: gli sviluppi più recenti del percorso

Il dialogo tra Corte costituzionale e Legislatore prosegue anche in tempi più recenti, arricchendo il dibattito interpretativo di nuovi elementi; importanti principi derivano da alcune pronunce della Consulta non riferibili direttamente all'art. 4-bis della legge n. 374/1975 ma ad altre norme del medesimo ordinamento penitenziario che a quest'ultima fanno espresso rinvio nel definire il proprio ambito di applicazione. Di tale filone fanno indubbiamente parte le sentenze nn. 239/2014 e 76/2017⁷⁸, entrambe relative ad alcune preclusioni applicabili a madri condannate per reati ostativi rispetto alla fruizione di benefici o misure extramurarie che consentissero loro di provvedere alla cura dei propri figli minori

⁷⁷ Il D.L. n. 11/2009 aveva trasferito alcuni reati sessuali dalla seconda alla prima fascia, sulla scia anche di episodi di violenza sessuale avvenuti in quel frangente (ad esempio l'aggressione e lo stupro del parco della Caffarella a Roma), ma la legge di conversione n. 38/2009 ha poi provveduto a ricollocare alcuni di quei reati, più coerentemente, tra quelli di minore gravità, peraltro introducendo speciali percorsi trattamentali di osservazione clinica (completati da programmi di riabilitazione scientifica ad opera della successiva legge n. 172/2012) per gli autori dei reati contro la libertà sessuale, e recuperando così in parte un'impostazione in chiave rieducativa. Per una attenta ricostruzione delle modifiche normative cfr. ancora L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, cit., 7 ss.

⁷⁸ A commento si vedano, per tutti, L. PACE, *La «scure della flessibilità» colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014, 3948 ss.; G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5/2017, 321 ss.

di dieci anni⁷⁹: la Corte accoglie le censure sollevate, dichiarando l'art. 4-bis incostituzionale nella parte in cui non esclude tali misure dal divieto assoluto di concessione (salvo collaborazione), sul presupposto che a prevalere nel caso di specie debba sempre essere l'interesse del minore, protetto dagli artt. 29, 30 e soprattutto 31, secondo comma, Cost. Quest'ultima norma, confermata nell'interpretazione dalle analoghe previsioni di fonte sovranazionale⁸⁰, esprimerebbe infatti il diritto del minore ad una relazione con i genitori finalizzata ad un equilibrato sviluppo sia fisico sia psichico⁸¹, e sarebbe palesemente violata ove si trasferisse su tale soggetto, del tutto incolpevole ed anzi estraneo alle vicende delittuose della madre o alla condotta non collaborante di quest'ultima, il «costo» della pretesa punitiva pubblica o di indirizzi di politica criminali, invece di tutelarne l'interesse ad un rapporto con il genitore quanto più possibile in condizioni di *normalità*. Nel bilanciamento fra ragioni di difesa sociale e interesse del minore, quest'ultimo deve considerarsi prevalente⁸², così da evitare di innescare

⁷⁹ Il riferimento è alla detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies* ord. pen. (nella sentenza n. 76/2017 ci si riferisce specificamente al comma 1-*bis* della medesima norma) nonché alla detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, primo comma, lett. a) e b).

⁸⁰ Si pensi in questo senso all'art. 3, primo comma, della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia nel 1991 nonché all'art. 24, secondo comma, della Carta di Nizza. Da entrambe tali norme sovranazionali emerge un quadro di necessaria preminente considerazione per l'interesse del fanciullo, assunto quale valore superiore in tutte le decisioni dell'autorità pubblica che lo riguardano.

⁸¹ Così D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2017, 17.

⁸² In parte differente è stato l'opinamento della Corte nel sindacare, sempre nell'ottica di un contemperamento fra interesse collettivo alla sicurezza pubblica e interesse del minore ad un rapporto genitoriale responsabile, la disciplina della custodia cautelare: si richiama in proposito, *ex multis*, la recente sentenza n. 17/2017, da cui emerge che il trattamento della cautela e quello della esecuzione possono essere diversi, essendo differenti nei due ambiti anche le esigenze di difesa sociale emergenti; afferma infatti la Consulta che «*le misure cautelari, a differenza della pena, [sono] volte a presidiare i pericula libertatis, cioè ad evitare la fuga, l'inquinamento delle prove e la commissione di reati [...]. Se le rispettive esigenze di difesa sociale sono di natura profondamente diversa, ne consegue che il principio da porre in bilanciamento con l'interesse del minore è, nei due casi, differente. E non raggiunge, pertanto, il livello della irragionevolezza manifesta la circostanza che il bilanciamento tra tali distinte esigenze e l'interesse del minore fornisca esiti non coincidenti*». A commento si veda E. ANDOLFATTO, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2017, 286 ss. Nello stesso filone, maggiormente restrittivo rispetto a quello in tema di esecuzione penale, si ricordano anche la sentenza n. 25/1979 nonché le ordinanze nn. 145 e 260/2009. Rispetto però alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere introdotta dalle riforme del 2009 la Corte si è assestata su posizioni del tutto differenti, come visto *supra* alla

spirali di squilibrio esistenziale se non, addirittura, drammatici fenomeni di «carcerizzazione degli infanti»⁸³; ciò non significa tuttavia che la preclusione venga superata del tutto, ma soltanto che essa viene relativizzata, restando l'accesso all'espiazione agevolata subordinato ad una valutazione individualizzata (di competenza del magistrato di sorveglianza) sulla prevalenza, nel caso concreto, di esigenze di sicurezza connesse alla pericolosità sociale o dell'interesse specifico del figlio infradecenne.

Si ha l'impressione che questa giurisprudenza abbia aperto una breccia nel rigido impianto dell'ostatività, ancorché per ora giustificata dal doveroso rispetto richiesto da diritti fondamentali ed incompressibili come quelli dei minori⁸⁴: se pure in effetti il *modus operandi* della Corte rimane ancora lo stesso già esplicitato in passato, che cioè conferma, salvo casi eccezionali, la legittimità del regime ostativo, nondimeno essa richiama all'attenzione il problema del *bilanciamento* tra interessi contrapposti, anche di rilievo costituzionale. La prevalenza dell'interesse del minore, infatti, non viene sancita *ex se*, quale conseguenza di una superiorità ontologica connaturata ad un particolare rango valoriale, ma affermata nel caso di specie all'esito di una operazione di bilanciamento che deve sempre essere possibile⁸⁵: per questo, nella particolare materia presa in esame in queste pronunce, la presunzione assoluta e l'automatismo preclusivo apparirebbero irragionevoli,

nota 38: la ragione di tale diverso esito interpretativo va individuata proprio nella incompatibilità con la cornice costituzionale del sistema degli automatismi.

⁸³ Non si dimentichi infatti che nell'originaria stesura della legge n. 374/1975 l'unica possibilità di relazione tra il minore e la madre detenuta era quella prevista dall'art. 11, comma 7, ord. pen., implicante la permanenza dei bambini presso gli istituti carcerari («*Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido*»).

⁸⁴ Già in passato, infatti, la giurisprudenza costituzionale aveva censurato l'equiparazione di regime esecutivo della pena tra adulti e minori: l'orientamento è consolidato sin da Corte cost., n. 168/1994; Corte cost., n. 109/1997; Corte cost., n. 403/1997; Corte cost., n. 16/1998; Corte cost., n. 324/1998; Corte cost., n. 450/1998. Si veda anche, più di recente, Corte cost., n. 32/2016 in tema di esclusione dell'applicabilità della liberazione anticipata speciale ex art. 4 del D.L. n. 146/2013 ai minori rientranti nel regime ostativo dell'art. 4-bis, ord. pen.

⁸⁵ Significativo è il passaggio della sentenza n. 76/2017 in cui la Corte afferma che «*affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento di singole situazioni*» (punto 2.2., *Considerato in diritto*).

ostando proprio a tale indispensabile contemperamento fra interessi confliggenti. Così facendo, il fulcro di legittimità dell'art. 4-bis, ord. pen. si sposta dalla lotta alla criminalità organizzata alla necessità di ragionevole bilanciamento tra differenti finalismi penalistici, costante che si ritroverà anche nella giurisprudenza successiva.

Alla descritta apertura interpretativa fa peraltro seguito ancora una volta, secondo il *leit motif* che costituisce l'eterno ritorno di questo dialogo fra poteri, un'ulteriore espansione legislativa dell'art. 4-bis, questa volta giustificata da un nuovo allarme criminologico, sorto intorno ai reati connessi al fenomeno dell'immigrazione: ecco allora che il catalogo di cui al primo comma della norma in esame, disciplinante il regime di ostatività assoluta salvo collaborazione con la giustizia, si arricchisce delle fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12, comma 1, d.lgs. n. 286/1998) e di favoreggiamento della stessa a fini di profitto (art. 12, comma 3 del medesimo T.U. in materia di immigrazione) ad opera del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7 recante misure per il contrasto al terrorismo anche internazionale (conv. dalla legge n. 43/2015). Ritorna dunque, nuovamente, quella impostazione del tutto slegata dalle ragioni originarie che avevano giustificato l'introduzione della norma, ma all'opposto fortemente improntata all'irrigidimento del percorso carcerario per alcune tipologie di «autori» socialmente percepite come particolarmente pericolose⁸⁶; non si può negare che al consolidarsi di questo atteggiamento nel tempo sia del tutto estranea una certa responsabilità della Corte, la quale parrebbe aver in sostanza salvato le precedenti espansioni della norma salvo casi di irragionevolezza manifesta, invero connessi alla natura particolarmente qualificata delle posizioni in gioco indebitamente sacrificate e/o svilite, così suscitando nel Legislatore una sorta di affidamento sulla reiterabilità dello schema già adottato.

Forse proprio in tale acquisita consapevolezza, peraltro, la giurisprudenza costituzionale reagisce questa volta in modo deciso alle misure legislative, nel

⁸⁶ A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, consultabile su www.penalecontemporaneo.it.

possibile timore che il processo ampliativo del regime ostativo secondo direttrici non del tutto coerenti con il quadro valoriale della Carta, se non tempestivamente arginato, potesse estendersi in modo incontrollato ed oltre i margini concessi dalla sua *ratio*, sino appunto a configurare un diritto penale d'autore certamente in contrasto con i valori costituzionali dell'ordinamento. È così che prende corpo la nota sentenza 11 luglio 2018, n. 149, fondamentale arresto giurisprudenziale che già contiene *in nuce* il seme dei successivi interventi della Corte in tema di reati ostativi, sempre più inclini ad una censura progressivamente più generalizzata del meccanismo legislativo delineato in materia. Essa non si attaglia ancora specificamente sulla legittimità dell'art. 4-bis, ord. pen. ma censura l'art. 58-*quater* della stessa legge n. 374/1975, ove si prevede un regime ulteriormente speciale e significativamente peggiorativo – il giudice *a quo* parla appunto di «eccezione in peius rispetto ad un regime già connotato di specialità peggiorativa» – per un particolare reato ostativo, ossia il sequestro di persona a scopo estorsivo, ove aggravato dalla morte dell'ostaggio; in quest'ultimo caso, l'art. 58-*quater*, comma 4 prevede l'impossibilità per il reo di accedere a *qualunque* beneficio penitenziario prima di avere espiato in carcere almeno due terzi o, per gli ergastolani, 26 anni effettivi di pena: a mitigare la durezza del trattamento non varrebbe in questa specifica ipotesi nemmeno l'eventuale collaborazione con la giustizia, poiché in questo caso la (ultra)specialità opera non sull'*an* dell'accesso ai benefici ma sul *quantum* di pena espiata necessario per accedervi (rispetto al già più rigoroso regime previsto per i reati ostativi agli artt. 21, comma 1, 30-*ter*, comma 4 e 50 del medesimo ordinamento penitenziario).

Solleva dubbi quantomeno ragionevoli di arbitrarietà un inasprimento sanzionatorio di tale portata⁸⁷, il quale peraltro non sembra giustificabile nemmeno

⁸⁷ Di «autentica iperbole sanzionatoria» parlano D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 20. Poiché peraltro il reato rientra fra quelli ostativi di prima fascia, il descritto regime sembrerebbe almeno astrattamente cumulabile anche con quello del cd. «carcere duro» di cui all'art. 41-bis, ord. pen., con un ulteriore inasprimento del trattamento: in tema M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena. Riflessioni sugli articoli 4 bis e 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2/2005, 137 ss., part. 145.

in base a ragioni insuperabili di allarme sociale⁸⁸; la disposizione in esame è paradigmatica (così come lo è la sentenza che su di essa decide) poiché assomma in sé tutti i profili di censurabilità già posti in luce dalla Corte nella sua giurisprudenza con riguardo al regime ostativo e alle condizioni della sua conformità a Costituzione: essa appare in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., ossia più specificamente con i principi di ragionevolezza, di proporzionalità, di progressività ed individualizzazione della pena, di rieducazione e risocializzazione secondo percorsi gradualmente e, non ultimo, sviscerate la discrezionalità valutativa che afferisce alla fondamentale funzione giurisdizionale (nello specifico, in ambito penitenziario).

Interessante, sul piano parallelo del bilanciamento, come l'ordinanza di rimessione del Tribunale di sorveglianza di Venezia⁸⁹ rilevi che il richiesto intervento ablativo della Consulta sulla disposizione non avrebbe comunque determinato un eccessivo *vulnus* per le esigenze di prevenzione speciale alla base del meccanismo ostativo, comunque salvaguardate dall'applicazione dell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen. anche al reato di cui all'art. 630 c.p. quale disciplina di risulta in caso di accoglimento della questione; così come configurato, invece, l'art. 58-*quater* risulterebbe oltremodo orientato in senso afflittivo e punitivo, tanto da escludere qualunque rilievo a percorsi evolutivi nella personalità dei detenuti per un tempo eccessivamente ampio, cosa che peraltro impedisce che la risocializzazione avvenga secondo la logica che anima gli istituti premiali e le misure extramurarie, ossia per *step* gradualmente a cui si accede man mano che si avanza nel progressivo percorso rieducativo e che contestualmente operano quale incentivo a quest'ultimo.

⁸⁸ È l'intera norma di cui all'art. 58-*quater* ord. pen., invero, ad apparire permeata da logiche di chiara (ed esclusiva, verrebbe da dire) valenza retributivo-repressiva che svalutano il finalismo rieducativo, ragione per cui già la Corte era ripetutamente intervenuta per ricondurre la portata applicativa entro limiti costituzionalmente accettabili: in questo senso, *ex multis*, le sentenze nn. 181/1996, 436/1999, 289/2002, 87/2004, 79 e 219/2007, 35/2008, 189 e 291/2010. Per un approfondimento sul tema si vedano C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* ord. pen.*, in *Cass. Pen.*, 10/2000, 2557 ss.; F. FIORENTIN – L. DELLI PRISCOLI, «*Tre colpi e sei fuori*»: una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2010, 1879 ss.

⁸⁹ Ordinanza promossa in data 28 aprile 2017, iscritta al numero 119 del r.o. del 2017 e pubblicata in G.U., I serie speciale, n. 38 del 20 settembre 2017.

A fronte del quadro così delineato la Corte, dopo aver sapientemente ricostruito tutti i passaggi chiave dell'evoluzione normo-giurisprudenziale del regime ostativo, conclude per l'accoglimento delle questioni prospettate: essa aderisce infatti alla tesi del giudice rimettente circa la irragionevole violazione, ad opera della disciplina in esame, dei principi di progressività trattamentale, flessibilità della pena e approccio graduale alla risocializzazione⁹⁰, nonché in ordine alla illegittimità dell'automatismo legislativo che impedirebbe al giudice qualunque valutazione individualizzata sulla concreta condotta del detenuto in chiave rieducativa, precludendo addirittura la valorizzazione di un'eventuale scelta di collaborazione con la giustizia⁹¹. Sotto quest'ultimo profilo la pronuncia merita un'attenzione particolare: la Corte, a scanso di equivoci, ribadisce molto duramente ed in modo esplicito l'illegittimità di automatismi legislativi che, in ragione del mero titolo di reato, impediscano al giudice di valutare il concreto percorso di recupero compiuto dal detenuto in vista di un reinserimento armonico della persona nella società; si afferma, più precisamente, come sia «*criterio costituzionalmente vincolante*» quello che esclude rigidi automatismi, specialmente ove presupposto di presunzioni assolute di pericolosità legate al solo titolo di reato, e richiede invece un apprezzamento caso per caso in tema di benefici penitenziari. In caso contrario il profilo rieducativo, di cui la Corte significativamente afferma antologicamente la *non sacrificabilità sull'altare di ogni altra, pur legittima funzione della pena*, dovrebbe ritenersi irrimediabilmente adombrato dall'opzione repressiva, e violati conseguentemente i principi di proporzionalità e individualizzazione della

⁹⁰ Così come disegnata, infatti, la norma consentirebbe in teoria ad un ergastolano ex art. 630 c.p. (aggravato dal decesso dell'ostaggio) di accedere ad un semplice permesso premio quando ogni altro ergastolano condannato per reati ostativi, al raggiungimento della stessa soglia di pena, potrebbe accedere addirittura alla liberazione condizionale; ciò determinerebbe un'inaccettabile ed ingiustificata differenziazione di trattamento, oltre al completo sovvertimento della logica gradualistica alla base del principio rieducativo.

In tema di progressività trattamentale e flessibilità della pena cfr. anche Corte cost., sentenze nn. 255/2006, 257/2006, 445/1997, 504/1995.

⁹¹ La sentenza in esame si riferisce specificamente all'ipotesi dell'ergastolo ostativo, ma i principi da essa espressi e la conseguente dichiarazione di incostituzionalità sono stati successivamente estesi, onde evitare irragionevoli disparità di trattamento, anche ai limiti di espiazione previsti dall'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen. per i condannati a pena temporanea: cfr. Corte cost., n. 229/2019.

pena: non solo dunque si riafferma, come mai in passato, la preminenza assoluta della funzione rieducativa della pena⁹², ma si aggiunge che anche in presenza di ragioni di ordine generalpreventivo, dunque legate alla pericolosità sociale del reo, eventuali preclusioni a misure premiali ed incentivanti potrebbero giustificarsi solo in ragioni di valutazioni condotte in concreto sul singolo reo, in un orizzonte di medio-lungo periodo che prenda in considerazione l'intero percorso di espiazione e le possibili evoluzioni della personalità del detenuto.

Non v'è dubbio che in questa giurisprudenza si percepiscano l'eco e l'influsso della coeva giurisprudenza europea in tema di diritti dei carcerati, ed in particolare delle sentenze pronunciate in materia dalla Corte EDU, permeate da un approccio fortemente garantista e da una visione della pena carceraria fortemente improntata in senso umanitario: da questo filone, come in precedenza si è accennato, discende la ferma convinzione che nessun reo possa restare irrimediabilmente segnato dal proprio reato, per quanto grave, e che vi sia una speranza di cambiamento per ognuno di essi che deve essere favorita dalla collettività e dal Legislatore nella predisposizione di meccanismi con effetto incentivante sul progressivo reinserimento sociale⁹³: questi principi deriverebbero infatti quale corollario

⁹² Appaiono a ben vedere assai distanti quelle teorie sulla *polifunzionalità* della pena che abbiamo visto caratterizzare anche la giurisprudenza costituzionale fino agli anni Novanta del secolo scorso, secondo le quali le prevalenti finalità di questa potevano essere indifferentemente declinate dal Legislatore secondo le esigenze del singolo caso (cfr. Corte cost., n. 12/1966; n. 22/1971; n. 179/1973; n. 264/1974 e, ancora successivamente, n. 107/1980). Particolarmente interessante è un confronto fra la sentenza n. 264/1974 e la sentenza n. 149/2018: nella prima non solo si sottolinea l'inesistenza di una gerarchia tra le funzioni della pena, ma addirittura si qualifica la rieducazione solo come un percorso morale interiore («*sperata emenda*») e non come indispensabile presupposto per il reinserimento sociale: in tema cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7-8/2018, 145 ss., part. 148 s.; v. anche ID., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, cit., 156 ss.

⁹³ Più precisamente, e questo appare uno dei punti di più stretto contatto fra la giurisprudenza costituzionale e quella convenzionale, la CEDU ha affermato con chiarezza la necessità che le pene detentive, particolarmente quelle perpetue, siano dopo un certo tempo «*sottoposte a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione*» (Grande Camera, *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, par. 127); in termini concreti, il tempo dopo il quale sarebbe possibile (ed equo) per il condannato all'ergastolo richiedere la predetta *review* è fissato orientativamente dalla Corte EDU in 25 anni (o 2/3 della condanna in caso di pena temporanea), secondo le indicazioni fornite in proposito dall'art. 110 dello Statuto della Corte Penale Internazionale.

irrinunciabile dal principio della *dignità* umana e dal valore assoluto riconosciuto alla *persona*.

L'influenza di tali paradigmi, improntati alla garanzia dei diritti fondamentali spettanti anche alla popolazione carceraria e all'affermazione di un diritto penale mite e riparatorio non ha tardato a farsi sentire anche nei confronti del Legislatore nazionale: invertendo una tendenza invalsa già da molti decenni, nel medesimo clima giuridico culturale che ha poi condotto alla sentenza n. 149/2018 si è registrato infatti un tentativo di organica riforma dell'ordinamento penitenziario e, per quanto più interessa in questa sede, dello stesso meccanismo ostativo⁹⁴: prendendo atto dei principi espressi sul tema dalla consolidata giurisprudenza costituzionale e convenzionale, il testo della legge di delega 23 giugno 2017, n. 103 (cd. *Riforma Orlando*) aveva infatti disposto tra gli indirizzi della riforma anche la «*eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato*» (art. 1, comma 85, lett. e)⁹⁵.

Analogo principio è poi ripreso dalla recente ed altrettanto fondamentale sentenza CEDU, prima sezione, *Viola c. Italia*, 13 giugno 2019, parr. 125 ss., ove peraltro si contesta anche la legittimità degli automatismi che riconnettono alla mancata collaborazione con la giustizia una presunzione assoluta di pericolosità sociale: la pronuncia è particolarmente significativa poiché riassume gli essenziali aspetti che accomunano la prospettiva interna e quella europea in materia di ostatività, oggetto di censura ove, in sostanza, eccessivamente ed irragionevolmente limitativa del finalismo rieducativo e svilente rispetto alla discrezionalità valutativa (individualizzata) della magistratura di sorveglianza. Per una analitica ricostruzione della giurisprudenza EDU sul tema si v. D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 28 ss.

⁹⁴ Si segnala in proposito la peculiare situazione per cui, mentre il Governo era chiamato in sede europea a difendere il regime ostativo dinanzi alla Corte di Strasburgo nel caso *Viola c. Italia*, sul piano interno era invece contestualmente chiamato ad un percorso di organica revisione, ed eventuale superamento, dello stesso meccanismo.

⁹⁵ Con specifico riferimento al solo *ergastolo ostativo*, pena particolarmente afflittiva e di drammatica durezza, si segnala che l'originario disegno di legge AC n. 2798 (presentato il 23 dicembre 2014) prevedeva una complessiva revisione delle preclusioni ai benefici penitenziari applicabili ai condannati a tale pena; per effetto tuttavia di un accorato appello da parte del Procuratore nazionale Antimafia, che esprimeva la sua assoluta contrarietà a modifiche legislative di attenuazione del vigente regime, è stato introdotto alla norma un emendamento che espressamente ha escluso dalla revisione *i casi di eccezionale gravità e pericolosità nonché i reati di mafia e terrorismo anche internazionale*, con ciò vanificando di molto la portata innovatrice della

Le premesse, tanto normative quanto giurisprudenziali, sembravano dunque davvero preludere ad una ormai prossima revisione sistematica dell'art. 4-*bis*, ord. pen. e delle preclusioni da esso disposte, sia in relazione all'obbligo di collaborazione con la giustizia (comma 1) sia in relazione alla comprovata assenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata (comma 1-*bis*), nonché di ogni altra previsione legislativa, ovunque collocata, che risultasse applicativa del regime ostativo; le tempistiche, tuttavia, non deponevano a favore della riforma, collocandosi il termine ultimo per l'esercizio della delega governativa in un momento successivo alla scadenza della Legislatura in corso, ed essendo dunque quasi inevitabile che essa venisse «ereditata» dall'Esecutivo entrante⁹⁶.

Il resto è storia recente: il Governo espressione della maggioranza parlamentare eletta nella primavera 2018, in ossequio alla propria linea politica improntata in senso fortemente securitario, general-preventivo e sovranista ha prevedibilmente abbandonato il progetto di riforma penitenziaria, orientandosi all'opposto verso un nuovo, ulteriore, ed ancor meno giustificato ampliamento applicativo dell'art. 4-*bis* ord. pen.; il riferimento è alla legge n. 3/2019 (eloquentemente denominata *Spazzacorrotti*) che come già anticipato ha esteso il regime dell'ostatività assoluta, peraltro con effetto retroattivo, a molti dei reati contro la pubblica amministrazione, sempre obbedendo alle già note logiche di dura repressione dei fenomeni criminosi di volta in volta più invisibili all'opinione pubblica⁹⁷.

riforma, rientrando la maggior parte degli ergastolani ostativi ex art. 4-*bis* ord. pen. proprio nelle categorie eccettuate. Per un approfondimento sul tema v. ancora D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 6 ss. e la letteratura *ivi* richiamata.

⁹⁶ Grazie al lavoro della Commissione Giostra si giunse sino alla stesura di uno Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario, il cui art. 7 operava una sostanziale ridefinizione del catalogo dei reati ostativi, limitando in sostanza l'applicazione del regime differenziato solo a fattispecie connotate in senso sostanzialmente plurisoggettivo, e particolarmente alle ipotesi associative e ai soggetti di vertice dei relativi sodalizi, nonché ad alcuni reati in cui la natura formalmente monosoggettiva era tuttavia compensata da profili organizzativi riferibili alla compartecipazione pluripersonale (es. riduzione in schiavitù, tratta di persone, prostituzione minorile ecc.).

⁹⁷ Per alcune considerazioni in senso duramente critico sulla riforma, soprattutto con riferimento ai suoi molteplici aspetti di potenziale incostituzionalità, si v. di recente V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-*bis* ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2019, 105 ss. Per una ricostruzione del regime di accessibilità delle

La parificazione che la norma pare veicolare tra criminalità *politico-economica* e *crimine organizzato*, in uno con la insensatezza strutturale del necessario presupposto collaborativo ex art. 323-bis c.p. per reati che difficilmente lo ammetterebbero anche su un piano logico, nonché la reiterazione di nuovi automatismi presuntivi assoluti in assenza di evidenze empiriche capaci di giustificarne la ragionevole fondatezza secondo uno *scrutinio stretto* – in contrasto con il pacifico orientamento della giurisprudenza costituzionale⁹⁸ – e l'indebita conseguente compressione del finalismo prioritariamente rieducativo della pena profilano una (ennesima) condotta legislativa gravemente lesiva del valore indefettibile di *individualizzazione proporzionata* della pena⁹⁹. Nuovamente il Legislatore, attraverso un più che probabile sconfinamento rispetto alla discrezionalità concessagli dalle prerogative sovrane che gli spettano, sembra aver delineato una politica criminale con effetti ingiustificatamente stigmatizzanti e repressivi, in contrasto con i *trend* da tempo emersi e ormai affermatasi in materia sia sul piano interno e sia in sede sovranazionale; a ciò si aggiunga che la implicita applicabilità retroattiva del regime più rigoroso, in assenza di una disciplina

single misure trattamentali nella vigenza della legge n. 3/2019 cfr. G. PICARO, *L'introduzione dei delitti contro la P.A. nel catalogo dei reati ostativi: tra scelte di politica criminale e giurisprudenza costituzionale*, cit.

⁹⁸ Si veda Corte cost., sentenza n. 265/2010, ove si afferma che «*le presunzioni legali, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie o irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit*»; pur riconoscendo ampia discrezionalità al Legislatore nell'associare a taluni reati regimi particolarmente rigorosi in ragione di una sottesa maggiore pericolosità sociale, la Corte richiede una particolare e stringente adeguatezza degli indicatori utilizzati a scopo presuntivo perché essi possano opporsi alla complessiva coerenza del sistema: cfr. Corte cost., sentenza n. 41/2018.

⁹⁹ Sul tema della *proporzionalità* della pena si vedano Corte cost., sentenze nn. 236/2016 e 222/2018; per un approfondimento v. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, 1956 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 1/2017, 176 ss.; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017, 61 ss.; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, *ivi*, 48 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza al vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 473 ss.; A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 dicembre 2018.

transitoria, creava paradossali criticità di diritto intertemporale ponendosi in contrasto con l'approccio sostanzialistico seguito egualmente dalla CEDU e dalla Corte costituzionale¹⁰⁰, ed è stata per tale ragione proprio da parte di quest'ultima recentemente censurata¹⁰¹.

È in questo contesto che giunge una delle più significative pronunce della Corte costituzionale degli ultimi decenni in materia di reati ostativi, che accentra il giudizio direttamente sull'art. 4-bis, questa volta con riferimento alla preclusione dei permessi premio per gli ergastolani condannati a seguito di reati di matrice mafiosa ex art. 416-bis, c.p.; la novità della pronuncia non risiede peraltro né nell'impostazione del giudizio, anche questa volta riferito solo ad un aspetto particolare e non all'intera disciplina, né nella particolare originalità delle argomentazioni utilizzate dalla Corte: la sentenza 23 ottobre 2019, n. 253 scuote invece alle fondamenta il meccanismo dell'ostatività in considerazione del suo oggetto, poiché dichiarando incostituzionale l'automatismo preclusivo (per ora, riferito ai soli permessi premio) anche con riguardo ai condannati per *reati di mafia* essa erode uno dei capisaldi che avevano sin dall'origine giustificato il «doppio

¹⁰⁰ Il problema riguarda in sostanza l'applicazione agli istituti dell'esecuzione penale dell'art. 25, comma 2, Cost. e del principio *nullum crimen sine praevia lege* da esso sancito; l'orientamento più rigoroso e formalistico invalso nella giurisprudenza di legittimità (v. ad es. Cass. Pen., SS.UU., 30 maggio 2006, n. 24561) tende ad escludere l'estensione della garanzia a tale ambito, assoggettandolo al più rigoroso principio del *tempus regit actum* che implicherebbe l'applicazione immediata anche di discipline peggiorative entrate in vigore successivamente alla commissione dei fatti criminosi. Diverso e più garantista è invece l'orientamento che accomuna la giurisprudenza costituzionale e quella convenzionale (si vedano, per tutte: Corte cost., sentenza n. 196/2010; CEDU, Grande Camera, 21 dicembre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*), secondo cui sarebbero sostanzialmente punitive, e dunque assoggettate al principio di irretroattività se peggiorative, anche quelle disposizioni di natura processuale o esecutiva connotate da significativi aspetti afflittivi. In argomento cfr. ancora V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 113 ss.; sul problema della retroattività si veda anche L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge Spazzacorrotti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 marzo 2019.

¹⁰¹ Con la sentenza n. 32 del 26 febbraio 2020 (anticipata dal comunicato stampa del 12 febbraio 2020), proprio accogliendo la predetta visione sostanzialistica, la Corte ha ritenuto incostituzionale l'applicazione «retroattiva» delle modifiche all'art. 4-bis ord. pen. introdotte dalla legge n. 3/2019: in essa si legge che tali norme comporterebbero una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale, e la loro retroattività sarebbe dunque in contrasto con il principio di legalità delle pene ex art. 25, comma 2, Cost.

binario», e in relazione al quale la Corte aveva in passato sempre sostenuto che ragioni di difesa sociale potessero prevalere su quelle rieducative e/o individualizzanti.

Ai fini che più rilevano per questa analisi sembra quasi che la Corte, preso atto della sopravvenuta impossibilità di portare a compimento il superamento per l'ordinaria via legislativa degli automatismi preclusivi esistenti in materia, abbia ritenuto di dover assumere una iniziativa di *mediazione* ormai divenuta indispensabile e non più prorogabile ai fini della tenuta costituzionale del sistema penitenziario, e del meccanismo ostativo in particolare, nella nuova cornice valoriale di cui s'è detto; l'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione, 20 dicembre 2018, significativamente sottolinea come l'obiettivo prioritario dell'art. 4-*bis* sia quello di incentivare la collaborazione con la giustizia quale strategia di contrasto alla criminalità organizzata, ma anche come sia al contempo irragionevole assimilare nel medesimo regime condotte così differenti tra loro, alcune delle quali addirittura estranee al contesto associativo: ciò precluderebbe ad una categoria assai ampia di carcerati, in assenza di ragioni realmente giustificatrici, il diritto ad un trattamento volto alla risocializzazione o comunque ad una verifica individualizzata e condotta in concreto circa la persistenza di una pericolosità sociale tale da impedire l'accesso a misure extramurarie. Riecheggia nelle parole del giudice rimettente la riflessione già espressa dalla CEDU nei casi *Vinter* e *Viola* in ordine alla insensatezza di una presunzione insuperabile che leghi collaborazione, cessazione dei legami con il sodalizio criminoso e pericolosità sociale, la cui incontrovertibilità sarebbe all'opposto indimostrata, potendo la scelta di collaborare o quella di non farlo rispondere a molteplici ordini di ragioni, più o meno legittime¹⁰²: il limite della discrezionalità riconosciuta al Legislatore nel dettare indirizzi di politica criminale, coincidente con la non arbitrarietà delle scelte compiute, sarebbe per il giudice *a quo* certamente travalicato nel caso di specie.

¹⁰² L'eco della giurisprudenza CEDU (in particolare della sentenza *Viola c. Italia*) si percepisce anche nel riferimento al *diritto a mantenere il silenzio*, quale corollario del diritto di difesa, contenuto nell'altra ordinanza di rimessione formulata dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia in data 28 maggio 2019 (r. o. 135 del 2019).

La sentenza n. 253/2019 si pone con grande sapienza in una prospettiva consapevole ed equidistante rispetto agli interessi in gioco, mostrando come il giudice costituzionale abbia ormai adeguato la sua visione al nuovo sistema di valori che, sulla scorta dell'influenza europea, impronta la pena e le modalità della sua esecuzione, ma senza dimenticare le peculiarità di alcuni fenomeni criminosi nazionali, che giustificano un riguardo aggiuntivo alle ragioni di sicurezza e difesa collettiva: il fulcro della decisione risiede infatti nell'affermazione che non sia la presunzione di pericolosità *in sé*, ricollegata dal Legislatore alla non collaborazione, a risultare illegittima, ma piuttosto il suo carattere assoluto, che deve essere abbandonato per una più equa e ragionevole *relatività* passibile di prova contraria.

La descritta assolutezza appare incostituzionale sia ove riferita alla *preclusione* ai benefici penitenziari (nel caso di specie in particolare al permesso premio), che impedisce alla magistratura di sorveglianza una valutazione proporzionata e individuale del percorso rieducativo compiuto dal condannato, sia ove riferita alla *presunzione*, che riguarda la pericolosità del reo ma si rivela nel caso specifico irrazionale ed arbitraria, basandosi in realtà su una generalizzazione che, come visto, può trovare in concreto significative eccezioni¹⁰³; inoltre, se non appare censurabile l'attribuzione di valenza premiale alla condotta collaborativa, non altrettanto può dirsi del meccanismo inverso, che indebitamente aggraverebbe l'afflittività della sanzione in caso di rifiuto a collaborare: tutti i predetti profili si porrebbero in evidente contrasto con i principi di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza della pena, nonché con il suo obiettivo rieducativo ex art. 3 e 27, comma 3, Cost.

È a questo punto, come accennato, che la Corte dà nuovamente prova di grande attenzione al tema del *bilanciamento*, sul presupposto anche che i reati presi espressamente in considerazione nel caso concreto sono proprio quelli di associazione mafiosa e di «contesto» mafioso per i quali era stato sin dall'origine pensato e successivamente avallato il meccanismo ostativo, sul presupposto

¹⁰³ Sulle presunzioni cfr. i principi espressi dalle sentenze della Corte nn. 286/2016; 185/2015; 57, 213, 232 del 2013; 139, 265, 291 del 2010; 41/1999; 139/1982.

dell'elevato allarme sociale legittimamente destato dal fenomeno; essa afferma infatti che «nel caso di specie, però, trattandosi del reato di affiliazione a una associazione mafiosa (e dei reati a questa collegati) [...], la valutazione in concreto di accadimenti idonei a superare la presunzione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata – da parte di tutte le autorità coinvolte, e in primo luogo ad opera del magistrato di sorveglianza – deve rispondere a criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo»¹⁰⁴. Non basterebbe dunque a tal fine una valutazione positiva della sola condotta carceraria del reo né la sua formale adesione a percorsi di rieducazione, ma occorrerebbe all'opposto una serie di risultanze rigorose, concrete e certe, sulla base di verifiche condotte in sinergia fra tutte le autorità competenti in materia, sia sui detenuti e sia sull'ambiente esterno ed anche tramite flussi di informazioni condivise, che consentano di escludere l'attualità e il pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata.

A ben vedere, proponendo tale nuovo regime il giudice costituzionale intende restituire non solo *in astratto*, come già aveva fatto in passato, ma anche *in concreto* un ruolo di primo piano proprio alla magistratura di sorveglianza, troppo frequentemente dequotata dagli automatismi legislativi, in specie valorizzandone il ruolo decisionale sulla base delle informazioni acquisite da tutti gli organismi coinvolti nella valutazione individualizzata del condannato.

Da ultimo, ed in chiave sistemica, la sentenza apertamente censura l'espansione applicativa del regime ostativo condotta nel tempo in sede normativa, rilevando come essa sia avvenuta secondo direttrici non univoche che ne hanno alterato, non senza irragionevolezza, la *ratio* e l'impronta originarie: con l'intento (giuridico) di evitare la creazione di paradossali disparità di trattamento, ma anche, si deve ritenere, con quello (istituzionale) di inibire una volta per tutte ogni iniziativa esorbitante del Legislatore, la Corte estende consequenzialmente la pronuncia di incostituzionalità della preclusione ai permessi premio a *tutti* i reati di prima fascia dell'art. 4-bis e non soltanto a quelli di matrice mafiosa. È evidente la portata

¹⁰⁴ Corte cost., sentenza n. 253/2019, punto 9, *Considerato in diritto*.

innovativa della pronuncia: per la prima volta, infatti, l'ammissione ad un beneficio penitenziario anche per gli autori di reati ostativi di prima fascia potrà prescindere dalla condotta collaborativa, grazie al superamento per via interpretativa dell'automatismo legislativo sino ad allora tenacemente sopravvissuto.

Stante la particolare forza degli argomenti utilizzati, peraltro, non sembra improbabile che questa sentenza possa innescare un filone giurisprudenziale di analogo tenore riferibile ad altri benefici penitenziari, in particolare se letta in combinazione con coeve pronunce di illegittimità degli automatismi produttivi di presunzioni assolute¹⁰⁵, anche se non va dimenticato che la Corte appare costantemente assai attenta a valorizzare la specificità dei casi concreti¹⁰⁶ nonché le peculiarità ed i fini di ogni singola misura alternativa alla detenzione¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Si veda infatti la successiva sentenza della Corte costituzionale 5 novembre 2019, n. 263, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 2, comma 3, del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 recante la disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni in attuazione della delega di cui alla legge n. 103/2017; la norma, ai fini della concessione delle misure penali di comunità, dei permessi premio e dell'accesso al lavoro esterno, estendeva ai minori l'applicabilità dell'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis, ord. pen., e del relativo regime ostativo salvo collaborazione con la giustizia. La Corte, anche in questo caso, censura l'automatismo preclusivo e l'impossibilità di procedere a valutazioni individualizzate della condotta del reo, entrambi gravemente contrari al principio rieducativo che deve invece informare in modo particolarmente accentuato proprio l'esecuzione penale nei confronti dei minori, ai sensi tanto degli artt. 27, comma 3 e 31 Cost. quanto di molti atti internazionali sulla giustizia minorile (ad es. Regole di Pechino Assemblea generale ONU, 29 novembre 1985; raccomandazione CM/Rec. (2008)11, Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, 5 novembre 2008; Direttiva 2016/800/UE).

¹⁰⁶ Cfr. Corte cost., 5 giugno 2019, n. 188, che rigetta la q.l.c. dell'art. 4-bis ord. pen. proposta con riferimento all'inclusione del sequestro di persona ex art. 630 c.p. ove il fatto sia riconosciuto di lieve entità.

¹⁰⁷ In questo senso, ad esempio, la recente Corte cost., 5 gennaio 2020, n. 50, che dichiara non fondata la questione di legittimità del divieto di detenzione domiciliare generica ex art. 47-ter, comma 1-bis, ord. pen. per i condannati per reati di cui all'art. 4-bis: la Consulta afferma che tra le varie misure alternative non sussisterebbe alcuna *graduatoria* secondo un criterio di severità crescente, posto che «ogni istituto presenta caratteristiche complesse, segnate da un particolare equilibrio tra strumenti di sorveglianza e controllo [...] ed effetto risocializzante delle prescrizioni imposte e del trattamento curato dagli organi preposti alla fase esecutiva. Il dosaggio variabile tra limitazioni della libertà personale e attività mirate al reinserimento del condannato, sotto la supervisione degli uffici di esecuzione penale, consente in altre parole un certo adeguamento della fase esecutiva della pena alle esigenze del caso concreto».

5. Riflessioni conclusive

Il percorso non sempre lineare, ed anzi a più riprese tortuoso, che si è tentato sin qui di ricostruire consente di formulare alcune brevi riflessioni sinottiche, peraltro necessariamente aperte, in parte riferibili allo specifico tema sin qui oggetto di analisi ed in parte estese ad aspetti di sistema.

In primo luogo, grazie anche all'evoluzione legata al filone dei reati ostativi, sembra essersi ormai definitivamente affermata in via interpretativa una lettura dell'esecuzione penitenziaria orientata secondo il paradigma del *sinallagma carcerario*, il quale consente di modulare la pena detentiva in funzione della personalità del condannato, della sua attuale pericolosità e delle sue possibilità di reinserimento sociale¹⁰⁸; ciò è senza dubbio conseguenza, almeno in parte, dell'osmosi anche nell'ordinamento interno di principi emersi in sede sovranazionale, ed in particolare all'interno del sistema CEDU, da sempre orientato in senso marcatamente garantista in ambito penale. Questa nuova visione si sposa peraltro in modo assolutamente coerente con il disegno *solidarista e personalista* che emerge con rinnovata attualità dai principi costituzionali, nel quale dignità e persona sono valori coincidenti ed insieme costituiscono il presupposto incompressibile di numerosi diritti e garanzie¹⁰⁹; in questo senso, stante l'inconciliabilità tra solidarietà, persona e idea stessa di soggetti «non recuperabili»¹¹⁰, anche la pena deve rappresentare un «*impegno per l'inclusione*» del reo, mai abdicabile, a cui tutti sono chiamati a dare il proprio contributo: individuo, Stato, collettività¹¹¹. Non va tuttavia dimenticato che il nostro ordinamento, nel

¹⁰⁸ Sono parole del Tribunale di sorveglianza di Palermo quale giudice *a quo*, riportate in Corte cost., sentenza n. 306/1993, punto 7.2, *Considerato in fatto*.

¹⁰⁹ Sul tema si vedano, per tutti, G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 ottobre 2018; ID., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, Intervento al Convegno *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014, in www.cortecostituzionale.it; ID., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 1 ottobre 2007, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹¹⁰ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, cit., 6.

¹¹¹ Così G. LATTANZI, *Costituzione e carcere*, intervento in occasione dell'evento inaugurale del «*Viaggio nelle carceri*» della Corte Costituzionale, Roma, Carcere di Rebibbia, 4 ottobre 2018, in

settore delle politiche criminali, ha nel tempo elaborato categorie ed istituti utili a fronteggiare fenomeni ed emergenze peculiari e sconosciuti ad altre realtà, prima fra tutte la criminalità organizzata di stampo mafioso: ciò può dunque contribuire a giustificare una certa resistenza, comune a legislazione e giurisprudenza costituzionale, a superare completamente le preoccupazioni legate alle finalità repressive e general-preventive della pena, focalizzando piuttosto la propria attenzione interpretativa sul tema del *bilanciamento* fra valori confliggenti¹¹².

Da tali considerazioni scaturisce la seconda delle riflessioni complessive che si possono compiere: esiste, viepiù in un contesto di complessiva fluidità dei confini fra poteri e funzioni come quello attuale, un problema di giusta spettanza della delicatissima funzione di bilanciamento tra elementi disarmonici. Sino a che quest'ultimo ha avuto ad oggetto l'individuazione di un equo rapporto tra mezzi e fini, così da dare efficace attuazione ai diritti sociali di prestazione propri del *welfare State* in proporzione alle risorse disponibili, infatti, anche la Corte costituzionale ha convenuto sulla decisività del ruolo legislativo nel compimento di quella misurazione¹¹³; ma a partire dall'entrata in crisi del predetto paradigma statuariale, quando l'oggetto del bilanciamento si è progressivamente traslato da un piano *concreto* con conseguenze giuridiche ad un piano *giuridico* con conseguenze concrete, ponendo al centro direttamente l'immateriale dei diritti e degli interessi, si è registrata una progressiva ma innegabile tendenza all'espansione della

Diritto penale contemporaneo, 22 ottobre 2018, 2; nello stesso senso cfr. Corte cost., sentenza n. 149/2018, punto 7, *Considerato in diritto*.

Sottolineano come obiettivo della rieducazione sarebbe anche la riappropriazione di valori elementari di convivenza da parte del reo C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Utet, II ed., 2004, 176; E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, cit., 471 ss.

¹¹² Le peculiarità del contesto criminologico nazionale sono state sì prese in considerazione anche nella giurisprudenza EDU ad esso riferibile, ma sono inevitabilmente sentite con intensità via via più sfumata man mano che ci si allontana dai confini nazionali; ciò peraltro fa sì che anche il meccanismo dell'ostatività, introdotto sul piano interno per far fronte ai fenomeni di stampo mafioso, costituisca un *unicum* tra gli Stati parte della Convenzione, con una conseguente difficoltà per la Corte di fare affidamento su precedenti ben individuabili o indirizzi giurisprudenziali uniformi che l'ha condotta di necessità ad operare «per principi»: in argomento D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 28, e i riferimenti *ivi* riportati.

¹¹³ Cfr. in tal senso, ad esempio, Corte cost., sentenza 18 maggio 1989, n. 252; v. anche Corte cost., sentenza 21 aprile 1989, n. 232.

discrezionalità valutativa assegnata al giudice, specialmente costituzionale. La problematicità intrinseca alla questione è di immediata comprensione: il fulcro della logica del giudizio è che nessuno dei diritti, valori o principi oggetto di considerazione appare mai sacrificabile per intero agli altri. Se a ciò si aggiunge la debolezza istituzionale che attualmente, a livello sistemico, connota la fonte legislativa, ben si spiega come l'operazione interpretativa in esame, scolorando la centralità testuale a tutto vantaggio dell'interpretazione giudiziale, determini secondo una nota espressione «un'eccedenza del principio rispetto alla norma»¹¹⁴ che si inverte nell'uso di clausole generali come la ragionevolezza, la proporzionalità, l'adeguatezza o l'equilibrio sostanziale. Così la decisione giudiziaria, in specie se promanante dalla Consulta, trasforma rispetto a mera pronuncia del diritto di fronte al fatto, per assumere i contorni di una indispensabile *mediazione* rispetto a nodi di criticità giuridico-costituzionale di primario rilievo ordinamentale¹¹⁵; in questo senso, come accaduto nel caso oggetto di analisi nel presente lavoro, sembra di poter riconoscere alla Corte in qualche occasione persino un ruolo di «supplenza» rispetto ad inerzie o eccedenze dello stesso Legislatore¹¹⁶, in ossequio alla propria irrinunciabile funzione di controllo sulla conformità a Costituzione di scelte normative che impattano la libertà e i diritti della persona.

Si è detto della crisi intrinseca in cui versa la fonte legislativa; eppure, a fronte di tale scolorimento dei tradizionali tratti di forza di tale funzione, si assiste ad alcune derive di oggetto e di metodo, specialmente in campo penalistico, che di frequente hanno fatto parlare di *diritto dell'insicurezza sociale*¹¹⁷. La percezione ormai diffusa di

¹¹⁴ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 849.

¹¹⁵ In generale sul tema v. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, cit.; per alcune delle riflessioni qui richiamate si veda G. LEGNINI – D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, cit., 93 ss., ove si sottolinea anche la connotazione a volte intrinsecamente politica della decisione giudiziaria.

¹¹⁶ Sul rapporto fra giurisprudenza costituzionale e Legislatore rispetto alle valutazioni di interessi cfr. F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 103 ss.; v. anche, in generale, A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

¹¹⁷ In tema G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione giustizia*, 27 giugno 2014, www.questionegiustizia.it; L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, cit., 22 ss.; ID., «Il

uno Stato incapace di sostenere i costi di generalizzate politiche sociali ha reso il cittadino maggiormente incline ad identificare l'intervento pubblico come capace di garantire quasi soltanto la tutela della sua incolumità personale, traendo da essa la sua legittimazione¹¹⁸; conseguentemente, la domanda di sicurezza nei confronti delle politiche statuali si è fatta sempre più pressante ed emergenziale, acuita anche dai fenomeni di rilievo globale di cui s'è dato conto in precedenza e che di certo concorrono a creare un substrato complessivo di vulnerabilità ed incertezza. Il Legislatore, peraltro, nell'impossibilità voluta o necessitata di approntare rimedi realmente risolutivi sul piano delle politiche sociali, economiche e culturali, le sole capaci di correggere alla fonte le distorsioni esistenti, frequentemente ripiega su legislazioni penali con una marcata connotazione *simbolica*, improntate in senso fortemente repressivo, deterrente e securitario, secondo quanto s'è visto¹¹⁹. Se a ciò si aggiunge una particolare attitudine dei mezzi di comunicazione di massa ad acuire, anziché a smorzare, i timori collettivi, creando un circolo vizioso che genera ancor maggiore insicurezza sociale ed un ulteriore inasprimento della risposta penale, ben si comprendono le coordinate che nel settore delle politiche criminali

*buono, il brutto e il cattivo» della prima questione di legittimità costituzionale sulla liberazione anticipata speciale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2016, in Rivista AIC, 3/2016, 14 ss., in www.rivistaaic.it; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., *passim*; V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello stato di diritto in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2006.*

¹¹⁸ Z. BAUMAN, *Paura liquida*, cit., 185.

Contrappone «il diritto alla sicurezza» alla «sicurezza dei diritti» A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA – M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, Franco Angeli, 2001, 19 ss.; v. anche M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, *passim*. Sul tema della sicurezza, in generale, A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2015, in www.rivistaaic.it; ID., *Libertà e sicurezza cinquant'anni dopo*, in *Dir. soc.*, 2/2013, 177 ss.; A. D'ALOIA, *La sicurezza tra i diritti*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 1091 ss.; G. CERRINA FERONI – G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2008, 31 ss.; T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue dimensioni costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 2008; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in www.forumcostituzionale.it, 2006; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, Giappichelli, 2006, 138 ss.; V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005; P. TORRETTA, «Diritto alla sicurezza» e altri diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, 451 ss.

¹¹⁹ Per alcune proposte di strategie correttive alle descritte tendenze v. V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., 200 ss.

rischiano di condurre alla pericolosa deriva del cd. *populismo penale*¹²⁰. Non solo: le descritte tendenze sembrano aver condotto l'ordinamento penale ad una *cronicizzazione e normalizzazione dell'emergenza*¹²¹ come movente legislativo, in cui l'eccezionalità di misure adottate per far fronte a contingenze specifiche vede sfumare la propria natura transeunte finendo per stabilizzarsi definitivamente nel sistema, secondo una logica di sovvertimento in cui, come è stato lucidamente osservato, «*l'anomalia si fa normalità e viceversa*»¹²².

Da ultimo, questo argomento ci conduce alla decisiva questione degli automatismi e delle presunzioni assolute di pericolosità, che costituiscono un prezioso strumento ancillare proprio di quelle «devianze» politiche descritte poc'anzi: in ultima istanza, come s'è detto, esse operano con il precipuo scopo di evitare che Autorità diverse dal Legislatore, e segnatamente i giudici, possano interferire con le priorità e gli obiettivi criminologici decisi in sede di indirizzo,

¹²⁰ Con tale espressione si designa di norma la tendenza politica a placare le ondate emotive che attraversano la collettività con effimere misure legislative emergenziali, che non mirano in realtà alla reale risoluzione delle cause di allarme sociale ma soltanto a fungere da *relais* di consenso politico: cfr. in tal senso G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit. Sul tema si veda anche, diffusamente, V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., part. 205 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, ESI, 1997, 239 ed altresì, *ivi*, la Prefazione di A. BARATTA, ove si sottolinea la *logica di esclusione sociale* in cui si muovono le recenti riforme all'insegna della *Tolleranza Zero*, secondo una tendenza ormai diffusa anche in molti altri ordinamenti tanto continentali quanto anglosassoni; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/1992, 891 ss.

¹²¹ G.M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, ESI, 2009, 76, il quale parla a questo proposito anche di «prevenzione legislativa senza fine».

¹²² M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, 191; sulla cd. «cultura dell'emergenza» cfr. anche G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003. Su questi temi v. altresì M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit.; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; S. MOCCIA, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, cit.; G. GEPPI MODONA, *La giurisprudenza costituzionale italiana in materia di leggi di emergenza contro il terrorismo, la mafia e la criminalità organizzata*, in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, 87 ss.; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3007 ss.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, 108 ss.

riorientandone e mitigandone gli esiti, soprattutto ove eccessivamente securitari¹²³. Com'è stato acutamente osservato¹²⁴, queste presunzioni si connotano d'altronde per una particolare *vis attractiva* che innesca una tendenza delle stesse, una volta radicatesi, ad espandersi in modo quasi incontrollato all'interno dell'ordinamento, incorporando via via reati diversi ed eterogenei ma accomunati dalla risonanza mediatica di cui godono nello specifico frangente considerato. A ciò si aggiunga la peculiare *forza inerziale* che caratterizza le norme che così vengono a configurarsi, aspetto che merita particolare attenzione perché le vicende dei reati ostativi ne costituiscono esempio paradigmatico: pur trattandosi normalmente di fattispecie assai differenziate al loro interno, al pari di quanto visto per l'art. 4-bis, ord. pen., il regime di queste discipline viene di regola identificato con l'ipotesi criminosa di maggiore gravità, tanto che ogni tentativo di ripensamento e ridimensionamento dell'automatismo presuntivo da parte del Legislatore viene impropriamente percepito come un arretramento della risposta punitiva, incontrando pertanto fatali resistenze ad una compiuta attuazione¹²⁵.

A fronte di questo contesto, si è visto come la giurisprudenza costituzionale abbia operato in senso marcatamente correttivo degli automatismi esistenti nel regime dei reati ostativi, sottolineando a più riprese l'importanza, specialmente in questo campo, di valutazioni individualizzate sulla pericolosità e personalità del reo: tale aspetto acquista centralità, in prospettiva, anche con riferimento alla fase di cognizione, ove il *quantum* di pena irrogata in sede di condanna deve essere valorizzato anche nel contesto penitenziario quale espressione del disvalore attribuito *in concreto*, e non *in astratto*, al fatto compiuto e alla personalità del suo autore¹²⁶; nella specifica fase di esecuzione, poi, le predette valutazioni assumono

¹²³ In proposito osservava già A. PACE, *Misure di sicurezza e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 191 ss., part. 193, se pur con riferimento alle misure di sicurezza, come «sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze, ma astratte scelte di politica legislativa».

¹²⁴ Così G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.

¹²⁵ Cfr. ancora G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.; nello stesso senso v. anche L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, cit., 24.

¹²⁶ Interessante, su questo aspetto, è la *dissenting opinion* pronunciata dal giudice Wojtyczek nella sentenza CEDU del 13 giugno 2019 sul caso *Viola c. Italia*: egli mostra di non condividere la tesi

rilievo centrale per impostare un percorso trattamentale efficiente, graduale e proporzionato, e debbono necessariamente essere condotte in un orizzonte dinamico di medio-lungo periodo onde tenere conto dell'eventuale grado raggiunto dal reo in un ideale cammino rieducativo e risocializzante, in armonia con le direttrici costituzionali e con i principi europei in materia penale.

Queste riflessioni consentono di evidenziare qualche ulteriore attrito sistemico fra il Legislatore, i giudici e la Corte costituzionale: se al centro delle questioni di legittimità che hanno ad oggetto automatismi e presunzioni in ambito penalistico vi è in sostanza una espropriazione della funzione giurisdizionale a vantaggio del Legislatore, mediante un integrale assorbimento della riserva di giurisdizione in quella di legge, allora si potrebbe sostenere che tali incidenti di costituzionalità nascondono in realtà un velato conflitto di attribuzioni da menomazione tra poteri¹²⁷, poiché attraverso l'automatismo è la funzione giurisdizionale a risultare vanificata, mediante uno svuotamento della discrezionalità valutativa del giudice. Nella vicenda dei reati ostativi questo fenomeno riguarda specificamente il magistrato di sorveglianza, ma a ben vedere la questione potrebbe essere estesa anche al giudice di cognizione che ha irrogato la pena e così ad ogni altro giudice in presenza di norme ove permangano meccanismi automatici presuntivi. Nel caso qui esaminato, peraltro, questo svuotamento della funzione giurisdizionale non solo elide una componente essenziale del potere giurisdizionale, sottendendo una pretesa legislativa di poterne conculcare la funzione, ma lo fa ponendosi in frontale contrasto con il finalismo rieducativo della pena, valore costituzionale di primario rilievo: ecco allora che il ruolo della Corte, attraverso l'erosione dell'automatismo

della maggioranza secondo cui dal carattere *inconfutabile* delle presunzioni ostative sembrerebbe derivare una situazione ingiusta a danno del reo: al punto 8 si afferma infatti che «Se il ricorrente nella presente causa è ancora in carcere, non è perché si presume che sia socialmente pericoloso, ma perché è stato condannato ad una certa pena, tenuto conto di tutte le funzioni della pena [...] ciò è necessario per dare un senso di giustizia alle famiglie delle sue vittime e alla società italiana in generale, e per dissuadere altri potenziali criminali dal commettere reati simili».

¹²⁷ Così A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale»*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa 15 dicembre 2016), Torino, Giappichelli, 2017, 497 ss.

preclusivo, è stato di certo quello *immediato* di ristabilire la giusta cornice valoriale promanante dalla Carta in campo penalistico, ma anche quello *mediato* di correggere uno squilibrio tra poteri, provvedendo a reintegrare, attraverso sentenze «*additive per deficit di flessibilità*»¹²⁸, l'indispensabile componente di apprezzamento casistico che ontologicamente contraddistingue la funzione giurisdizionale, senza peraltro del tutto disconoscere la discrezionalità del decisore politico¹²⁹. Con ciò la Corte ha mostrato ancora una volta il suo volto duplice, che guarda allo stesso tempo al Legislatore e al giudice e che conferisce alle sue pronunce sia coloriture giurisdizionali sia toni di politicità¹³⁰, nella costante e congiunta mediazione di interessi, principi e valori che connota l'attuale epoca della complessità.

¹²⁸ C.M.G. SALAZAR, «*Guerra e pace*» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle *additive* «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili sistematici e ricostruttivi*, Milano, Giuffrè, 2000, 253 ss., part. 279. Parla invece di «*additive di regola a valenza sostitutiva*» M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, 2/2012, 3, www.rivistaaic.it.

¹²⁹ Sottolinea la centralità del dibattito sugli automatismi nella riflessione sulla separazione fra poteri D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte di Strasburgo*, in *Studium iuris*, 9/2017, 977, nota 23.

¹³⁰ Sul tema, da sempre caro alla dottrina costituzionalistica, si ricordi il tradizionale dibattito tra G. ZAGREBELSKY e F. MODUGNO, il primo a favore di una netta separazione tra legislatore e Corte, il secondo più incline a riconoscere a quest'ultima un ruolo di co-determinazione dell'indirizzo politico: cfr. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo* e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, entrambi in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 19 ss. e 103 ss. Successivamente lo stesso ZAGREBELSKY giunse a sostenere che (paradossalmente) le garanzie della Corte *non appartengono* alla politica ma al contempo hanno una *funzione* politica: v. sul punto G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005; ID., *Corte in-politica*, Intervento al XXIII Premio Giuseppe Chiarelli, 20 ottobre 2004, Roma, Palazzo della Consulta, in www.astrid-online.it.

Sottolinea il rafforzamento dell'anima «politica» della Corte A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in giurcost.org, ottobre 2018, part. 565 s. Per alcuni recenti approfondimenti si veda ancora R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale»*, cit., ed ivi in particolare M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, 75 ss., A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, 99 ss. e A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, 117 ss.; per alcune considerazioni di sintesi cfr. altresì R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale». Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, 3/2017, in www.rivistaaic.it. Si vedano anche, in generale, R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo*

dirittifondamentali.it