

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **La nuova legittima difesa**
- ◇ **Il cyberbullismo**
- ◇ **L'autoriciclaggio**
- ◇ **La castrazione farmacologica**



Nihil difficile volenti

IL “DOPPIO BINARIO” IN EXECUTIVIS, TRA NUOVE TENDENZE E RESIDUE INCERTEZZE

SOMMARIO: 1. Le premesse politico-legislative di una “diversa” offerta trattamentale. – 2. Collaborazione processuale e premialità penitenziaria, verso la progressiva svalutazione della funzione rieducativa della pena. – 3. La politica criminale di contrasto alla corruzione: quando l’eccezione diventa la regola. – 4. Le condotte collaborative nei delitti contro la pubblica amministrazione: una “spinta” verso la confessione? – 5. L’efficacia temporale del *novum* legislativo e il rischio di preclusioni “a sorpresa”.

1. *Le premesse politico-legislative di una “diversa” offerta trattamentale*

È un dato oramai acquisito all’interno del nostro sistema che il momento esecutivo della pena venga periodicamente eletto dal legislatore a terreno privilegiato per saggiare l’efficacia degli strumenti di contrasto alle emergenze criminali ritenute, di volta in volta, intollerabili.

Su questo terreno si radica la scelta legislativa, recentemente espressa dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante “Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”¹, di estendere ai soggetti condannati per alcuni delitti contro la pubblica amministrazione il divieto di accesso ai benefici penitenziari, previsto dal primo comma dell’art. 4-*bis* ord. penit. Anche per tali delitti, quindi, viene tracciato un “binario differenziato”, lungo il quale il trattamento esecutivo della pena subisce rilevanti deviazioni che inibiscono o ritardano la fruibilità delle misure premiali extramurarie, secondo una logica ispirata a finalità di difesa sociale e tutela della sicurezza collettiva.

¹ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 13 del 16 gennaio 2019, la 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” persegue il dichiarato «obiettivo di potenziare l’attività di prevenzione, accertamento e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione», così, *Dossier* del Servizio Studi sull’A.S. n. 955, p. 14.

Appare interessante, allora, ripercorrere la genesi del regime penitenziario differenziato, per comprendere se le ragioni che, all'epoca, legittimarono l'inasprimento della disciplina *in executivis*, possono ancora sorreggere l'attuale impalcatura dell'art. 4-bis ord. penit., posto che, nel corso dei decenni, un'alluvionale stratificazione normativa ne ha trasfigurato la conformazione originaria.

Le radici del "doppio binario" penitenziario affondano, come noto, nelle politiche emergenziali dei primi anni novanta², quando il legislatore, nel tentativo di arginare il dilagante fenomeno della criminalità organizzata ed eversiva, ha introdotto, nella fase esecutiva della pena, un rigido sistema di preclusioni e divieti di accesso ai benefici penitenziari, riconducibile alla natura del reato commesso³.

² Si allude, in particolare, alle modifiche apportate all'ordinamento penitenziario dalle leggi 12 luglio 1991, n. 203, recante "Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata", e 7 agosto 1992, n. 356, recante "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa", ad aver introdotto nella fase esecutiva della pena il regime del "doppio binario" ovvero un trattamento penitenziario differenziato, connotato da rilevanti restrizioni, al fine di neutralizzare «gli ormai intollerabili livelli di pericolosità sociale raggiunti dal triste fenomeno della criminalità organizzata», con queste parole, Corte Cost., 1 marzo 1995, n. 68, in *Giur. cost.*, 1995, p. 625 ss., chiarisce le ragioni di politica criminale che indussero il legislatore, dapprima, ad introdurre e, poi, a modificare, secondo una linea di progressivo inasprimento, l'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in controtendenza rispetto allo spirito della riforma penitenziaria del 1975 e della legge n. 663 del 1986. Va detto, al riguardo, che la legislazione emergenziale dei primi anni novanta non ha fatto altro che normativizzare la fase "pionieristica" della collaborazione con la giustizia, nel corso della quale si procedeva mediante «soluzioni "artigianali" troppo spesse rimesse all'intuito dei singoli magistrati precedenti», così G. FALCONE, *Pentitismo e repressione della criminalità organizzata nella nuova emergenza*, in *Dif. pen.*, 1992, n. 35, p. 76. Per un'approfondita ricostruzione della legislazione emergenziale dei primi anni novanta, si rinvia a P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 31 ss.; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova, 1994, p. 89 ss.

³ Per una disamina articolata del processo di differenziazione del trattamento esecutivo della pena, si rinvia, tra gli altri, a V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 7; B. GUAZZALOCA-M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, in F. BRICOLA-G. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, Utet, 1995, p. 303 ss.; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e pene*, 1992, n. 3, p. 123 ss.; ID., *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premiabilità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 141 ss.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Cedam, Padova, 2010, p. 37 ss.; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, Bologna, 2019, p. 196 ss.; F. FIORENTIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 553 ss.; C. FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: art. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappi-

Nello specifico, l'art. 4-*bis* ord. penit. prevede due distinte fasce di reati, alle quali corrisponde una diversificazione delle condizioni dettate per l'ammissione alle misure alternative alla detenzione, ai permessi premio e al lavoro all'esterno.

Nella prima fascia di fattispecie criminose, per lo più sintomatiche dell'appartenenza del detenuto ad un'organizzazione criminale, l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. subordina la concessione dei benefici penitenziari unicamente all'avvenuta collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. All'interno della seconda fascia, invece, sono collocate dall'art. 4-*bis* comma 1-*ter* ord. penit. una serie di ipotesi delittuose non necessariamente ricollegabili ad un sodalizio criminale (tra cui, ad esempio, l'omicidio o la rapina), per le quali l'accesso alle misure extramurarie è subordinato all'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Alle due fasce appena descritte, il comma 1-*quater* dell'art. 4-*bis* ord. penit. affianca una disciplina *ad hoc* per gli autori di alcuni delitti sessuali (*sex-offenders*), a favore dei quali la concessione dei benefici penitenziari può avvenire «solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al comma 4 dell'art. 80 della presente legge».

Si delinea, così, un «sistema trattamentale multilivello»⁴ in virtù del quale la persona ristretta viene inserita in uno specifico circuito esecutivo, a seconda della natura del reato commesso, dalla cui gravità può dipendere, sul versante amministrativo, l'ulteriore applicazione di un regime penitenziario di rigore, costituito dalla sospensione delle normali regole di trattamento (art. 41-*bis* ord. penit.)⁵.

chelli, Torino, 2013, p. 1138 ss.; ID., *Il "doppio binario" penitenziario*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, *web*; M. MARGARITELLI, voce *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., V, Utet, Torino, 2010, p. 770 ss.; A. PRESUTTI, *Alternative al carcere e regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in ID. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 44 ss.; L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 393 ss.

⁴ In questi termini, F. FIORENTIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, cit., p. 554; ID., *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis L. n. 354 del 1975*, in *Giur. merito*, 2012, p. 504. Si tratta di un sistema di preclusioni, formulate sulla base di «un giudizio di pericolosità sociale "decescente" cui corrisponde, all'espletamento di determinate condotte, il possibile accesso ai benefici», così, A. MARANDOLA, *Art. 4-bis*, in F. FIORENTIN-F. SIRACUSANO, (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 48 ss.

⁵ Traccia, nel trattamento penitenziario, una biforcazione scandita, sul versante giurisdizionale, dalle preclusioni di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit. e, sul versante amministrativo, dal regime di sorveglianza particolare (art. 14-*bis* ord. penit.), e quello di sospensione delle regole di trattamento (art. 41-*bis* ord. penit.), C. FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: art. 4-bis e 41-bis ord. penit.*, cit., p. 1138 ss.

Particolare rilievo, ai fini della presente indagine, assume la “prima fascia” di reati, la cui implementazione, avvenuta ad opera della recente novella attraverso l’inserimento dei delitti contro la pubblica amministrazione⁶, rischia di mettere in crisi il già precario equilibrio intercorrente tra istanze di difesa sociale e finalità rieducative della pena.

La “prima fascia” ricomprende, come anticipato, una serie di ipotesi delittuose, per lo più riconducibili alle attività delle organizzazioni criminali, la cui realizzazione può senz’altro ritenersi espressione tipica di una criminalità particolarmente grave, tale da giustificare una presunzione pressoché assoluta di “pericolosità sociale” incompatibile con l’ammissione del condannato alle misure premiali o alternative alla detenzione.

Solo la prestazione, nel corso del giudizio di cognizione o *in executivis*, di una condotta qualificata dall’art. 58-ter ord. penit. come “collaborazione con la giustizia” consente, *iuris et de iure*, di ritenere dissolta la pericolosità sociale intrinsecamente connessa all’appartenenza del reo ad una consorteia criminale e rimuovere, così, l’ostacolo ad intraprendere un percorso penitenziario aperto alla realtà esterna. E ciò in quanto l’atteggiamento di chi si adopera «per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori» ovvero per aiutare «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»⁷, assumendo valenza rescissoria del legame instaurato con la criminalità organizzata⁸,

⁶ La “prima fascia”, nella versione antecedente alla riforma operata dalla legge n. 3 del 2019, includeva i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli artt. 416-bis e 416-ter c.p., delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli artt. 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 c.p., all’art. 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all’art. 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, e all’art. 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

⁷ Alla prestazione delle condotte, descritte dall’art. 58-ter ord. penit., l’art. 4-bis ord. penit. subordina l’applicazione delle misure alternative, l’ammissione al lavoro esterno o la concessione di un permesso premio.

⁸ È un dato consolidato, in giurisprudenza, che la scelta di collaborare con la giustizia rappresenti una manifestazione inequivocabile della volontà del detenuto, affiliato ad una consorteia criminale, di distaccarsi dal gruppo di appartenenza. Cfr., *ex plurimis*, Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in *Giur. cost.*, 2014, 5, p. 3922, con note di F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell’infanzia: primi passi verso l’erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*; 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*. Da ultimo, Cass., Sez. I, 18 febbraio 2019, n. 9126, in *Dir. & giust.*, 2019, 4 marzo, con nota di C. MINNELLA, *Al vaglio della Corte Costituzionale l’esclusione della detenzione domiciliare ordinaria ai condannati per reati ostativi*, con cui la Corte Suprema ha rimesso alla

riduce la presunzione di “immeritevolezza” del condannato all’accesso ai benefici penitenziari extramurari.

A tal fine, il contributo collaborativo del soggetto postula un comportamento attivo che, lungi dal ridursi alla mera ammissione della propria colpevolezza⁹, deve rivelarsi determinante per le investigazioni e l’accertamento delle responsabilità¹⁰, provocando, sotto il profilo delle conseguenze prodotte sul piano fattuale, «un obiettivo danno all’organizzazione criminale»¹¹. Ciò si ricava agevolmente dal richiamo, contenuto nell’art. 58-ter ord. penit., alla concretezza dell’aiuto alle indagini e alla capacità impeditiva di ulteriori conseguenze delittuose.

Può accadere, tuttavia, che la condotta collaborativa con la giustizia risulti “inesigibile” o “impossibile”, in ragione rispettivamente della limitata partecipazione del reo al fatto criminoso ovvero dell’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile¹². In questi casi, l’accesso

Consulta la questione di legittimità costituzionale dell’art. 47-ter, comma 1-bis ord. penit., nella parte in cui esclude espressamente che possa essere concessa la detenzione domiciliare ai condannati per i reati ostativi ex art. 4-bis ord. penit.

⁹ La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che la collaborazione con la giustizia non deve necessariamente comportare un’ammissione di responsabilità. Cfr., tra le tante, Cass., Sez. I, 11 gennaio 1996, n. 112, Lepanto, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3767, per cui «l’art. 58-ter ord. penit., nella parte in cui attribuisce rilievo, ai fini della concedibilità di benefici penitenziari, all’attività di collaborazione con la giustizia effettuata “anche dopo la condanna”, non richiede che, da parte del “collaboratore”, vi sia anche stata ammissione di responsabilità».

¹⁰ Sulla incisività dell’apporto collaborativo ai fini della ricostruzione dei fatti e dell’accertamento delle responsabilità, cfr., tra gli altri, L. DEGL’INNOCENTI-F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 386; F. FIORENTIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, cit., pp. 595-596, per cui la collaborazione con la giustizia si intende efficacemente prestata laddove abbia portato un contributo innovativo all’impianto accusatorio. In questo stesso senso, anche la giurisprudenza di legittimità: cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 23 settembre 1996, n. 4689, Grassi, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2853; Cass., Sez. I, 13 gennaio 2005, n. 10413, Cubello, inedita; Cass., Sez. I, 18 ottobre 2007, n. 43659, Miraglia, in *CED Cass.*, rv. 238689.

¹¹ Così, M.G. GASPARI, *Art. 58-ter*, in F. FIORENTIN-F. SIRACUSANO, (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., p. 740.

¹² La condotta collaborativa “impossibile” e quella “inesigibile” sono state introdotte nell’ordinamento penitenziario solo a seguito della loro tipizzazione avvenuta ad opera della giurisprudenza costituzionale. Ci si riferisce alle note sentenze: Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2466 ss., con commento di C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la “collaborazione” come presupposto per i benefici*; M. MARGARITELLI, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all’esame della Corte costituzionale*; Corte cost., 19 luglio 1994, n. 357, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2920, con nota di M. MARGARITELLI, “Limitata partecipazione al fatto criminoso” e accesso ai benefici penitenziari; Corte Cost., 22 febbraio 1995, n. 68, in *Giur. cost.*, 1995, p. 625, con nota di M. MARGARITELLI, *La “politica penitenziaria” della Corte costituzionale: una progressione lenta ma inesorabile*, ivi, p. 3209. Si tratta di situazioni caratterizzate dall’impossibilità, sopravvenuta o originaria, di prestare un’utile collaborazione con la giustizia, perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale del soggetto nell’organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipi pertinenti al livello superiore. Tali condotte si sostanziano in una forma di “non collaborazione”, in contrapposizione alla forma piena di “collaborazione con la giustizia” a cui il comma 1-bis dell’art. 4-bis ord. penit. equipara la “collaborazione irrilevante”, offerta da soggetti, nei confronti dei quali è stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall’art. 62, numero

ai benefici penitenziari viene subordinato all'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

Si tratta, a ben vedere, di una “prova” positiva di un fatto negativo: ai fini della concessione delle misure rieducative, non ci si accontenta della mancanza di elementi dimostrativi dei collegamenti attuali con la criminalità, ma occorre provare l'estraneità rispetto ad un legame che, viceversa, si presume esistente. E in considerazione dell'intrinseca difficoltà di fornire la prova di un fatto storico negativo, soprattutto nelle ipotesi di rapporti risalenti nel tempo, siffatta incombenza rischia di risolversi in una vera e propria *probatio diabolica*¹³, rievocando una sorta di *purgatio* medievale, da intendersi come «autodimostrazione della propria non pericolosità, di fronte alla presunzione legislativa della stessa»¹⁴.

Ma le difficoltà maggiori provengono dal contesto processuale nel quale s'inserisce l'accertamento della pericolosità sociale dei condannati ai fini della concessione dei benefici in esame. Non è superfluo ricordare, infatti, che tale accertamento è legato essenzialmente all'acquisizione, da parte della magistratura di sorveglianza, di «dettagliate informazioni» fornite per il tramite di un organo ausiliario di consulenza del Prefetto: il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. Si discute, in dottrina, circa l'opportunità di far confluire nel procedimento di sorveglianza dati provenienti da un organo che, funzionalmente orientato a ravvisare indici di peri-

6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'art. 114 ovvero dall'art. 116, secondo comma, c.p. Per una disamina dettagliata delle varie declinazioni delle condotte collaborative, si rinvia, per tutti, ad A. RICCI, *Profili di un'indagine sulla collaborazione impossibile o inesigibile con la giustizia da parte del detenuto*, in *Giust. pen.*, 2011, II, c. 100; ID., “*Collaborazione impossibile*” e sistema penitenziario. *L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto “ostativo”*, Cedam, Padova, 2013.

¹³ In questo senso pressoché concorde la dottrina, tra cui, P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 58; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario”*, cit., p. 102; G. ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 490; B. GUZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., 133; F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 440. Evidenzia la lesione del diritto di difesa, il Tribunale di sorveglianza di Campobasso, ordinanza, 1 aprile 1992, n. 309, in *Gazz. Uff.*, 1 serie speciale, n. 25, p. 41 ss., per cui «l'introduzione di una vera e propria *probatio diabolica* finisce per compromettere la sfera di operatività delle principali misure rieducative offerte dall'attuale ordinamento penitenziario», giacché l'assenza di riscontri, imponendo il diniego di accesso ai benefici penitenziari, ricade a danno di un soggetto che mai o quasi mai potrà fornire la “prova liberatoria”. Ripercorre, da ultimo, gli approdi giurisprudenziali in *subiecta materia*, F. FIORENTIN, *Collaborazione “impossibile”: grava sul condannato l'onere di allegazione delle situazioni di derogabilità alle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2567 ss.

¹⁴ Per questo paragone, v. R. DEL COCO, *Verità, confessione e meccanismi sanzionatori nelle tecnologie del potere*, in L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 67.

colosità in ogni autore di gravi delitti, potrebbe essere meno propenso a valorizzare elementi utilizzabili *pro reo*¹⁵.

Non solo. Al rischio di parzialità connesso all'agire dell'organo prefettizio si aggiunga, poi, la natura amministrativa delle attività investigative¹⁶, all'esito delle quali vengono fornite le informazioni richieste. Le indagini compiute dal Comitato, in totale segretezza ed in assenza di contraddittorio, impediscono al condannato di partecipare alla formazione progressiva della "prova", privandolo di qualsiasi forma di controllo sulle informazioni assunte¹⁷.

Nel tentativo, allora, di salvaguardare la giurisdizionalità del procedimento, deve condividersi la linea interpretativa, promossa dalla Corte costituzionale¹⁸ e diretta a qualificare l'informativa resa dal Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, quale atto obbligatorio ma non vincolante¹⁹, posto che la verifica circa l'esistenza di elementi in grado di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva deve essere di esclusiva ed inderogabile competenza della magistratura di sorveglianza.

¹⁵ Per tale opinione si vedano, in dottrina, le argomentazioni di F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, cit., p. 103; C. FIORIO, *Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza*, in *Giusto proc.*, 1992, p. 174; ID., *In tema di verifica sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 315; F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 440; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 96; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., p. 138, secondo il quale, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, per essere preposto appunto al conseguimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, sarà «facilmente portato a giudicare ogni autore di un grave delitto come presuntivamente e necessariamente dotato di elevatissima pericolosità sociale».

¹⁶ Particolarmente critici sull'ingerenza di un'autorità amministrativa nel procedimento esecutivo, C. FIORIO, *Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza*, cit., p. 175; A. GAITO, *Il controllo sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 700; M. MONTAGNA, *In tema di accertamento della pericolosità del condannato ed informazioni del c.p.o.s.*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1553; S. PRESTIPINO, *Nuovi condizionamenti e limiti per i benefici penitenziari a condannati pericolosi*, in *Giust. pen.*, 1993, c. 253, tutti concordi nel ravvisare in questa ingerenza un chiaro ostacolo al processo di "giurisdizionalizzazione" della fase esecutiva penale.

¹⁷ Sull'argomento, diffusamente, C. FIORIO, *In tema di verifica sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, cit., c. 316.

¹⁸ *Ex plurimis*, Corte Cost., 12 giugno 1992, n. 271, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2072; Corte cost., 22 dicembre 1992, n. 483, in *Giur. cost.*, 1992, p. 4360.

¹⁹ A tal proposito, occorre evidenziare che, qualora si attribuisse alle predette informative efficacia vincolante, si correrebbe il rischio di introdurre nel procedimento di sorveglianza una sorta di "prova legale", in grado di condizionare la valutazione del giudice, a cui verrebbe sottratta l'autonomia decisoria sull'effettiva sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge per la concessione dei benefici penitenziari. Di questa opinione, A. GAITO, *Il controllo sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, cit., c. 700.

2. *Collaborazione processuale e premialità penitenziaria, verso la progressiva svalutazione della funzione rieducativa della pena*

Dal quadro sin qui tratteggiato si evince che, per i delitti ricompresi nella “prima fascia”, la prova dell’avvenuta condotta collaborativa e, in caso di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante, la prova negativa in ordine alla sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, forniscono al soggetto condannato la «chiave di accesso»²⁰ ai benefici penitenziari. Pertanto, solo ai detenuti che, nel corso del procedimento o in sede di esecuzione, scelgono di prestare attività di collaborazione con la giustizia, si apre la strada verso un percorso rieducativo e risocializzante extramurario.

Approda, in questo modo, anche nell’ordinamento penitenziario la logica premiale che, da tempo, innerva il sistema del diritto penale sostanziale e processuale²¹.

Si tratta di una premialità incentrata esclusivamente sulla relazione di scambio tra la prestazione di un comportamento di «collaborazione processuale»²² ed il vantaggio in termini di trattamento sanzionatorio favorevole, quale controprestazione. Il “premio” per il contributo collaborativo arriva dopo la sentenza di condanna, in funzione essenzialmente della «condotta del reo successiva alla commissione del delitto, che, nelle forme di ravvedimento contemplate, finisce con l’assumere il valore di elemento presuntivo di non pericolosità»²³.

Ed è proprio la logica presuntiva che sorregge lo scambio tra “collaborazione processuale” e “accesso ai benefici penitenziari” a presentare, tuttavia, una certa dose di ambiguità rispetto alle categorie giustificatrici della pena, disvelando una

²⁰ Così, B. GUAZZALOCA-M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 335.

²¹ Per un’analisi articolata delle tecniche premiali presenti nell’ordinamento italiano, alle quali si sono aggiunte negli anni ottanta alcune forme di premi ed incentivi, tipiche della legislazione emergenziale, si rinvia, tra i tanti, a M. PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione “Avv. Angelo Luzzani” di Como*. (Como, 26-27 giugno 1981), Giuffrè, Milano, 1983, p. 20 ss.; F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, *ivi*, p. 123 ss.; T. PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in AA.VV., *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 39 ss.; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, *ivi*, p. 115 ss.; M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale italiano*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, p. 889 ss.

²² Per la relativa nozione, resta fondamentale il lavoro di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 12, il quale definisce la “collaborazione processuale” «in relazione al suo scopo, che è quello di fornire un contributo probatorio all’accertamento dei fatti di reato e/o all’individuazione o cattura dei loro autori» e, come tale, non appare necessariamente vincolata al contesto processuale. Sulle peculiarità della “collaborazione processuale” rispetto alle altre tecniche premiali, si rinvia alle riflessioni di D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in AA.VV., *La legislazione premiale*, cit., p. 75 ss.; D. GROSSO, *Misure premiali, dichiarazioni dell'imputato e riflessi sull'accertamento processuale*, in *Giust. pen.*, 1984, c. 521.

²³ Così, T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 543, con riferimento alle fattispecie premiali introdotte dalla legislazione emergenziale antiterroristica.

tensione non trascurabile con l'ideale rieducativo, consacrato nell'art. 27, comma 3, Cost.

L'esclusione automatica di qualsiasi opportunità trattamentale, a prescindere dalla verifica circa l'effettiva conversione del reo ai valori del vivere civile e sulla base del mero accertamento della mancata collaborazione con la giustizia, rischia di contraddire gli scopi tipici della prevenzione speciale.

A vacillare è, così, il fondamento razionale del carattere automatico imposto al complesso meccanismo preclusivo che, in presenza o in mancanza di una condotta collaborativa, garantisce o nega l'accesso alle misure extramurarie. Simile automatismo, ancorato esclusivamente alla tipologia del reato commesso, impedisce alla magistratura di sorveglianza di verificare, in concreto, la sussistenza o meno delle condizioni di pericolosità sociale del soggetto condannato e, conseguentemente, di formulare un giudizio prognostico di recupero, posto alla base della giurisdizione rieducativa²⁴. Detto altrimenti, la tipizzazione per titoli di reato e la conseguente configurazione normativa di "tipi di autore"²⁵, per i quali la rieducazione sarebbe

²⁴ In questo senso, costante giurisprudenza della Corte costituzionale si è orientata verso l'esclusione dei rigidi automatismi legislativi che impediscono l'accesso ai benefici penitenziari, in ragione di presunzioni *iuris et de iure* di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso, privilegiando un'impostazione flessibile che «richiede invece vi sia sempre una valutazione individualizzata, così da collegare la concessione, o non, del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell'emenda e del reinserimento sociale», così, *ex plurimis*, Corte Cost., 1 dicembre 1999, n. 436, in *Cass. pen.*, 2000, p. 566, con nota di C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-quater ord. pen.*, con particolare riferimento all'esecuzione penale minorile; Corte Cost., 21 giugno 2006, n. 257, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2713, con nota di G. LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*; Corte Cost., 28 maggio 2010, n. 189, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2242, con nota di L. CESARI, *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione di benefici penitenziari*; Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 291, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1879, con nota di F. FIORENTIN-L. DELLI PRISCOLI, *"Tre colpi e sei fuori": una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena*, a conferma della «esistenza di un principio interpretativo di ordine generale, di matrice giurisprudenziale, secondo cui, nella materia dei benefici penitenziari, non c'è spazio per rigidi automatismi applicativi — fondati su presunzioni assolute — delle preclusioni poste dal legislatore alla possibilità di accesso ai medesimi da parte di particolari categorie di condannati». E ciò analogamente a quanto è già accaduto nel processo di cognizione, ove la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere è stata oggetto di numerose censure di incostituzionalità, ad opera della Consulta (cfr., *ex plurimis*, Corte Cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3169). Per una riflessione critica sui fenomeni degenerativi in tema di custodia cautelare e, più in generale, di misure coercitive, si rinvia alla disamina compiuta da F. CENTORAME, *Presunzione di pericolosità e coercizione cautelare*, Giappichelli, Torino, 2016.

²⁵ Cfr., sul punto, Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306, cit., p. 2466 ss., la quale, sebbene abbia ritenuto «la tipizzazione per titoli di reato non [...] consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario» e «preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita», ha sostanzialmente avallato il meccanismo presuntivo, volto ad inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati. Con toni accentuatamente critici, M.R. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1256, evidenza come «il salvataggio di tutto l'impianto normativo del comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., operato

aprioristicamente impossibile in assenza di una condotta collaborativa, sottraggono al filtro della valutazione giudiziale l'accertamento, caso per caso, dell'evoluzione positiva della personalità del singolo condannato.

Sicché, in presenza di rigidi automatismi, ostativi alla possibilità di intraprendere percorsi extracarcerari, «l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo della pena»²⁶, declinabile come necessità di costante valorizzazione – da parte del legislatore prima e del giudice poi – dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero periodo detentivo.

Ed è proprio nel solco di un'ampia ed approfondita valorizzazione dell'ideale rieducativo della pena che si inserisce la recente pronuncia della Corte costituzionale in tema di preclusioni temporali all'accesso ai benefici penitenziari²⁷. Con questa sentenza, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit., nella parte in cui impedisce, prima della scadenza di un periodo di ventisei anni di reclusione senza sospensione, la concessione delle misure extramurarie ai condannanti all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ritenendo che la rigidità del termine predetto contrasti con il principio della «progressività trattamentale e flessibilità della pena»²⁸.

Il significato di questa pronuncia, però, «va ben al di là della soluzione data rispetto alla specifica norma oggetto di scrutinio, perché sono soprattutto gli argomenti sviluppati nella motivazione a costituire un sasso lanciato nello stagno del sistema sanzionatorio»²⁹.

dall'iniziale approccio della Corte, per espresse ragioni di politica criminale, [abbia] palesemente ipotecato la portata dei successivi interventi».

²⁶ In questi termini, Corte Cost., 21 giugno 2006, n. 257, cit., p. 2718.

²⁷ Il riferimento è alla recente pronuncia della Consulta, Corte Cost., 11 luglio 2018, n. 149, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1638, con nota di A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva* e F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1359, con nota di M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*. A ulteriore commento della decisione, si veda, altresì, E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. contemp.*, 18 luglio 2018, p. 145 ss.; D. GALLIANI, *La sentenza 149/2018 della Consulta: eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2018, n. 4.

²⁸ Secondo le parole della Consulta, «l'appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4-*bis* ord. penit. si pone, infatti, in contrasto con il principio [...] del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena», così, Corte Cost., 11 luglio 2018, cit., p. 1646.

²⁹ Così, M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, cit., p. 1362, secondo il quale la pronuncia in esame «assume una portata che va ben al di là della singola questione brillantemente risolta», ponendo al centro della riflessione l'importanza della funzione rieducativa della pena durante la fase esecutiva, in prospettiva di possibili sviluppi su altri fronti della disciplina delle preclusioni.

Ciò che emerge chiaramente dal testo della sentenza è un tentativo di restituire «visibilità costituzionale»³⁰ al finalismo rieducativo della pena: si tratta di un principio «ineliminabile» e, come tale, deve essere sempre garantito, anche nei confronti degli autori dei reati più gravi, dal momento che «la personalità del condannato non resta segnata in modo irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento»³¹.

Pertanto, osserva ancora la Consulta, eventuali meccanismi preclusivi possono legittimarsi, sul piano costituzionale, soltanto laddove presuppongano l'impiego, da parte dei competenti organi giurisdizionali, di «criteri individualizzanti»³² ai fini dell'accertamento, caso per caso, della sussistenza di ragioni ostative di perdurante pericolosità sociale del condannato.

Diversamente, il blocco automatico nella concessione delle misure extramurarie, prima della espiazione di ventisei anni effettivi di pena, provoca l'effetto di impedire al magistrato di sorveglianza il vaglio dei risultati ottenuti dal soggetto condannato durante il suo percorso *intra-muros*, privilegiando l'aspetto repressivo della pena a scapito della sua finalità di reinserimento sociale. Il che si pone in palese contrasto con il «principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»³³, alla luce del quale le residue finalità non possono mai spingersi fino al punto di obliterare lo scopo primario della pena e l'unico, del resto, espressamente riconosciuto dalla Costituzione.

³⁰ Così, A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, cit., p. 1656. Evidenzia l'assoluta centralità assunta, nella motivazione della pronuncia in esame, dal finalismo rieducativo della pena, F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, cit., p. 1663, rimarcando la volontà della Consulta di porre l'accento sul valore preminente costituito dalla finalità rieducativa della pena, «ripresa ad ogni passaggio argomentativo come un *refrain* che assume una valenza particolarmente significativa nell'attuale fase del dibattito politico».

³¹ Così, Corte Cost., 11 luglio 2018, n. 149, cit., p. 1649.

³² A tal proposito, F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, cit., p. 1671, ricava dalla giurisprudenza costituzionale, una serie di parametri "individualizzanti", alla luce dei quali compiere l'accertamento della pericolosità sociale del condannato, quali – a titolo esemplificativo – la «valutazione della "qualità" dei comportamenti, del tipo di devianza, della lontananza nel tempo fra le condanne».

³³ In questo modo, la Consulta getta le premesse per il definitivo abbandono della nota "teoria polifunzionale della pena", secondo cui la funzione rieducativa coesiste, senza alcun predefinito rapporto di rango, con altre funzioni della pena, ivi inclusa la funzione retributiva. Secondo, E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, cit., p. 147, questa pronuncia si pone «agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome di una teoria polifunzionale eclettica della pena, riteneva che il fondamento giustificativo della pena stessa potesse essere offerto, indifferentemente, da questa o quella funzione della pena, senza riconoscere alcuna preminenza all'unica finalità della pena enunciata nella Costituzione». Con toni accentuatamente critici, B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, cit., p. 148, evidenzia come «la volontà di servirsi di una pena "polifunzionale" diviene in pratica un goffo tentativo di rinunciare ad alcune finalità inedite in essa».

L'approdo, in tema di preclusioni temporali, a cui è giunta la Consulta con simile pronuncia consente di manifestare seri dubbi sulla ragionevolezza in sé del regime preclusivo, eretto dall'art. 4-*bis* ord. penit., nel prisma della funzione rieducativa.

A ciò si aggiungano le incertezze circa la ragionevolezza del presupposto sul quale l'automatismo si fonda ovvero la presunzione di pericolosità in mancanza di collaborazione con la giustizia e, più in generale, la prestazione di una condotta collaborativa quale presupposto per l'ammissione al circuito penitenziario ordinario.

Invero, la scelta legislativa di elevare la "collaborazione del reo con la giustizia" a criterio legale di valutazione del «sicuro ravvedimento del condannato»³⁴, da cui far dipendere l'accesso alle misure alternative, ha finito per legittimare una vera e propria presunzione di non avvenuta rieducazione in mancanza di una condotta collaborativa. Si palesa, quindi, l'intrinseca contraddizione di un meccanismo che subordina la concessione delle misure extramurarie, non già – come sarebbe naturale – all'adesione o meno dell'interessato al programma trattamentale, bensì a un dato di natura squisitamente processuale, quale è, appunto, la collaborazione con l'autorità giudiziaria o di polizia³⁵.

Molteplici gli equivoci che si annidano dietro l'equazione «collaborazione con la giustizia uguale a rieducazione»³⁶.

³⁴ Giova richiamare, a tal fine, la Relazione di accompagnamento al decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, in *Gazz. Uff.*, n. 133 dell'8 giugno 1992, atto n. 328, p. 11, dalla quale emerge chiaramente come le nuove norme abbiano inteso esprimere che, «attraverso la collaborazione, chi si è posto nel circuito della criminalità organizzata può dimostrare per *facta concludentia* di esserne uscito», in armonia con il principio della funzione rieducativa della pena, «perché è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare». Nella stessa prospettiva, la Corte Costituzionale ha valutato, in più occasioni, la "collaborazione con la giustizia" quale «indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato», così, *ex plurimis*, Corte Cost., 20 luglio 2001, n. 273, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2280 ss., con nota di E. FAZZIOLI, *La collaborazione come presupposto necessario per l'ammissione ai benefici penitenziari: un nuovo orientamento della Corte?*

³⁵ Di questa opinione, F. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. contemp.*, 3/2018, p. 5 ss.

³⁶ Particolarmente critico verso il binomio "collaborazione-rieducazione", A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 117, per cui «lo stile ostentatamente pragmatico con cui il legislatore cerca il risultato (l'individuazione, la cattura e la condanna degli altri rei) in cambio della concessione di un beneficio, ha lasciato sempre ben pochi dubbi sul fatto che la motivazione a collaborare trovasse radici non tanto in una intervenuta resipiscenza del soggetto quanto nel concreto interesse per l'affievolimento del trattamento sanzionatorio». Nello stesso senso, M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 143, per cui la "collaborazione con la giustizia" «non si inserisce in alcun disegno rieducativo coerente e razionale [ma] svolge funzioni esclusivamente general-preventive, perché è volta al conseguimento del fine politico/sociale della lotta contro la devianza criminale».

Attribuire, *iuris et de iure*, alla prestazione di una condotta collaborativa il medesimo valore redentivo che assume la piena adesione ad un percorso rieducativo e risocializzante significa, anzitutto, confondere due piani distinti.

La “rieducazione” implica un cammino di profonda revisione critica delle scelte criminali di vita anteatta e la formulazione di un giudizio prognostico “sicuro” circa il corretto reinserimento del condannato nel tessuto sociale. Diversamente, la “collaborazione con la giustizia” integra spesso una mera opzione pratica che nasce dalla valutazione della convenienza processuale e, come tale, appare strettamente connessa all’andamento delle indagini e allo svolgimento del processo³⁷, a prescindere da un’effettiva resipiscenza morale.

Non sfugge, poi, come l’equiparazione tra “collaborazione con la giustizia” e “rieducazione”, oltre ad essere foriera di una evidente confusione concettuale, rischi di rivelarsi pericolosa, in quanto s’inserisce nel solco di una progressiva contaminazione cognitiva della vicenda sanzionatoria³⁸. Invero, la sovrapposibilità tra questi due piani, consentendo al legislatore di agganciare lo schema premiale delle misure alternative ad una condotta che rinviene la propria sede naturale nel corso del processo, finisce per realizzare un’inedita “saldatura” tra la fase di cognizione e la fase di esecuzione del giudizio.

Si delinea un’inequivoca convergenza tra il giudizio di accertamento del contributo collaborativo prestato ai fini dell’accesso ai benefici penitenziari e la *quaestio facti* oggetto del processo penale di cognizione³⁹. Ciò può ricavarsi agevolmente dal tenore letterale dell’art. 58-ter ord. penit., che, nel collocare le condotte collaborative «anche» dopo la condanna, ammette implicitamente la possibilità di prestare la “collaborazione con la giustizia” prima del passaggio in giudicato della sentenza, e quindi durante la fase di cognizione.

L’interferenza tra le due sfere di accertamento trova conforto, altresì, nella specifica conformazione assunta dall’apporto dissociativo. Si pensi alla forma di collaborazione, descritta dall’art. 58-ter ord. penit., per «aver 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». Dalla formulazione testuale della norma è agevole rendersi conto che l’indagine

³⁷ Per tale differenza, si rinvia a quanto espresso da Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306, cit., p. 2466.

³⁸ Per una recente analisi, in chiave sistematica, dei rinnovati equilibri interni alle fasi di cognizione e di esecuzione del processo, cfr. F. CENTORAME, *La cognizione penale in fase esecutiva*, Giappichelli, Torino, 2018.

³⁹ Per una approfondita disamina della stretta connessione intercorrente tra le condotte collaborative e il tema oggetto dell’accertamento di merito, si rinvia a A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria. Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4 bis e 58 ter l. 26 luglio 1975 n. 354*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 871 ss., il quale evidenzia come a tale connessione corrisponda «una disciplina di accertamento del tutto particolare e non garantita che determina difficili problemi di coordinamento, dando luogo a preoccupanti violazioni di fondamentali principi processuali». Nello stesso senso, B. GUAZZALOCA-M. PAVARINI, *L’esecuzione penitenziaria*, cit., p. 348, evidenziando il legame tra le condotte di collaborazione e la *quaestio facti* oggetto del processo penale di cognizione.

conoscitiva, compiuta dagli organi di sorveglianza in ordine al contributo offerto dal collaborante ai fini della ricostruzione dei fatti di reato, finisce per allinearsi all'accertamento del fatto principale oggetto del processo di cognizione⁴⁰.

Anche l'accertamento, a norma dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord. penit., delle condotte collaborative "impossibili" o "inesigibili" rischia di sconfinare su temi strettamente connessi al processo di merito, in quanto postula un penetrante vaglio del giudice di sorveglianza sulla motivazione della sentenza di condanna, al fine di appurare la sussistenza di «elementi non completamente provati, rimasti dubbi o non sufficientemente esplorati»⁴¹, da cui poter desumere la situazione di impossibilità o inesigibilità di un'utile collaborazione.

Destà, allora, perplessità l'incursione degli organi di sorveglianza su terreni strettamente connessi al tema del pregresso giudizio di merito.

Simile ingerenza, oltre a sfociare in una rivalutazione delle vicende investigative e processuali, con il rischio di duplicazione dei giudizi sulla medesima *quaestio facti*⁴², provoca una parziale metamorfosi della sfera di cognizione della magistratura di sorveglianza⁴³.

Alla tradizionale funzione di verifica giurisdizionale, avente ad oggetto la rispondenza del trattamento sanzionatorio al principio dell'individualizzazione della pena, si sovrappone – fino a sostituirla – una funzione tipica del giudice di cognizione: una forma di «giudizio sul fatto»⁴⁴, estranea alla prospettiva rieducativa. Per cui, oggetto del vaglio di pericolosità sociale del condannato non è più l'individuo bensì "un fatto" e, precisamente, «se collaborazione c'è stata o meno»⁴⁵.

Il rischio, in buona sostanza, è quello di assegnare alla prestazione di una condotta squisitamente processuale valore incontrovertibile, non solo in termini di

⁴⁰ Di questa opinione, A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria. Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4 bis e 58 ter l. 26 luglio 1975 n. 354*, cit., p. 875, secondo il quale, «investendo l'ambito di cognizione del giudice di merito che deve stabilire se ed in che modo si sono svolti i fatti per cui è processo, ed individuarne gli autori, la collaborazione di natura probatoria dovrebbe perciò avvenire nella sua sede naturale che è appunto il processo di cognizione». Secondo l'A., anche la condotta diretta ad «evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori» si risolve, di regola, in un'attività che incide sulla modalità della condotta criminosa oggetto dell'accertamento di merito.

⁴¹ Così, A. RICCI, *Profili di un'indagine sulla collaborazione impossibile o inesigibile con la giustizia da parte del detenuto*, cit., c. 105; Id., "Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario, cit., p. 6.

⁴² Per tale rischio si rinvia, *infra*, al § 4.

⁴³ Nel senso di una vera e propria trasformazione delle naturali funzioni attribuite alla magistratura di sorveglianza (sempre più affini a quelle riconosciute al giudice della cognizione), v. A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, cit., p. 127; A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria. Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4 bis e 58 ter l. 26 luglio 1975 n. 354*, cit., p. 875.

⁴⁴ Richiamando le parole di F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 356, ciò che rileva, qui, non è tanto l'indagine personologica dell'autore del reato, quanto l'accertamento di determinati fatti materiali da cui risalire per poter emettere un giudizio sulla persona.

⁴⁵ Così, A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, cit., p. 127.

ravvedimento, ma anche di pericolosità sociale del soggetto *in vinculis*, senza alcuna possibilità di apprezzamento delle emergenze concrete, alla stregua del criterio di individualizzazione del trattamento⁴⁶.

Sebbene sia indubbio che la volontà di fornire un contributo collaborativo rappresenti un importante elemento di valutazione della personalità del soggetto detenuto, è altrettanto indubitabile, però, che la “dissociazione” dall’ambiente mafioso può esprimersi in modo diverso dalla collaborazione la giustizia, il cui accertamento non esaurisce, quindi, il giudizio prognostico di rieducazione dell’interessato, posto che le ragioni di tale scelta possono prescindere dalla volontà di intraprendere un cammino di risocializzazione.

Come più volte sottolineato dalla Consulta⁴⁷ e, di recente, dalla Corte europea dei diritti dell’uomo⁴⁸, la volontà di collaborare con la giustizia può essere il frutto di mere valutazioni utilitaristiche, in vista degli effetti premiali riconosciuti dalla legge, e, in quanto tale, non può assurgere apoditticamente a “criterio individualizzante” del trattamento rieducativo. Non è peregrina, infatti, l’ipotesi che la collaborazione persegua finalità meramente opportunistiche, senza corrispondere ad una effettiva “dissociazione” dell’interessato dall’ambiente criminale.

Analogamente, “l’indisponibilità a collaborare” può trovare spiegazione in valutazioni che prescindono dalla volontà del soggetto di rimanere legato al sodalizio

⁴⁶ Così, Cass., Sez. I, ord., 20 dicembre 2018, n. 57913, in *Dir. pen. contemp.*, 28 gennaio 2019, con nota di M.C. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all’accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., dell’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., laddove impedisce la fruizione del permesso premio ai condannati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* c.p., che non abbiano prestato collaborazione. Secondo la Corte Suprema, è destinato a porsi su un piano di irragionevolezza «l’innalzamento della scelta collaborativa a prova legale non solo di ravvedimento ma anche di assenza di pericolosità», senza che sia riconosciuta agli organi di sorveglianza la possibilità di verificare, in concreto, la permanenza o meno di condizioni di pericolosità sociale. Si evidenzia che, al momento di licenziare le bozze del presente lavoro, è prossima a pronunciarsi la Corte costituzionale sulla questione appena richiamata.

⁴⁷ Vedi, per tutte, Corte Cost., 1993, n. 306, cit., p. 2466 ss.

⁴⁸ Ci si riferisce alla sentenza della Corte eur. dir. uomo, Sez. I, sent. 13 giugno 2019, Marcello Viola c. Italia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 925, con nota di E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l’Italia: l’ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*; nonché in *Cass. pen.*, 2019, p. 3056, con nota di F. FIORENTIN, *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione europea, al rispetto della dignità umana*; la quale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità convenzionale dell’ergastolo ostativo previsto dall’ordinamento italiano, ha manifestato forti perplessità in ordine all’adeguatezza dell’equazione: mancata collaborazione con la giustizia = presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato e, altresì, in ordine al carattere libero di tale scelta. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato nell’assetto normativo che disciplina l’ergastolo ostativo una violazione del principio di dignità umana, di cui all’art. 3 Cedu, ritenendo inammissibile «privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare quella libertà in una data futura».

di provenienza, potendo derivare, ad esempio, dalla preoccupazione di non mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari⁴⁹. Alla luce di tali evenienze, la mancata collaborazione con la giustizia non può integrare *tout court* un indice presuntivo di pericolosità sociale. E ciò a maggior ragione qualora l'atteggiamento non collaborativo sia espressione del più generale diritto al silenzio, garantito nel corso del processo⁵⁰.

Non sfugge, al riguardo, l'incoerenza di un sistema che, convertendo la portata garantista della regola processuale *nemo tenetur se detegere*, «(nel)l'incivile brocardo *carceratus tenetur alios detegere*»⁵¹, sanziona una linea difensiva legittimamente perseguita dall'imputato⁵². Per tale via, il comportamento del reo, che, nella fase cognitiva del processo, si sia limitato ad esercitare un proprio diritto⁵³, diviene oggetto di valutazione sfavorevole *in executivis*⁵⁴, perdendo, di

⁴⁹ Possono essere diverse, infatti, le motivazioni che spingono una persona a non collaborare con la giustizia: «e se nessuno ha da denunciare altri al posto proprio? O, se il condannato non si sente di barattare la propria vita con quella di un altro, [...] o se collaborare significa mettere in pericolo la vita di familiari, che verrebbero possibilmente esposti a ritorsioni, o, ancora, se l'errore giudiziale c'è stato veramente e quindi non c'è proprio niente da confessare, nessun nome da rivelare?», per tali interrogativi si rinvia a D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, p. 250.

⁵⁰ Sulla tendenza inquisitoria a riconoscere efficacia probatoria "impropria" al silenzio dell'imputato, si rinvia, per tutti, a L. MARAFIOTTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 317 ss.

⁵¹ Così, L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 237, per cui «al detenuto che voglia fruire dell'assegnazione al lavoro all'esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, fatta eccezione per la liberazione anticipata, è imposto l'onere della collaborazione processuale», restandogli sconosciuta, almeno per i reati di cui all'art. 4-bis ord. penit., la regola processuale del *nemo tenetur se detegere*. In questo stesso senso critico, pressoché concorde la dottrina: A. RICCI, *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario*, cit., p. 70; L. DEGL'INNOCENTI-F. FALDI, *I benefici penitenziari*, cit., p. 382; L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, imm modificabile e senza prospettiva di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1220. In posizione più sfumata, M. CHIAVARIO, *Un'esigenza di civiltà... senza dimenticare le vittime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1512, non ritenendo "irrazionale" la scelta legislativa di graduare e bilanciare, al di fuori del processo di cognizione, «la tutela degli "altri silenzi", in particolare in rapporto al grado dell'interesse collettivo all'accertamento di responsabilità penali di persone diverse da quella il cui tacere o il cui parlare sia in questione».

⁵² A tal proposito, D. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1156 ss., s'interroga così: «se lo stare in silenzio si può configurare come un diritto e se in fase di esecuzione della pena questo diritto può essere relativizzato ma non annullato, come può il legislatore sanzionare una persona perché sta esercitando un proprio diritto?».

⁵³ Particolarmente critico su questo aspetto, G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1982, p. 102, nt. 9, evidenziando il rischio che «l'offerta di "ponti d'oro"» finisca, di fatto, per modificare, alla radice, il diritto costituzionale al silenzio. Analogamente, T. PADOVANI, *«Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, cit., p. 60, per cui «l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, di tacere o di negare, implica così la persistenza di una repressione in varia guisa eccezionale, che la rinuncia ad avvalersene elide e vanifica».

⁵⁴ Pertanto, «alla apprezzabilità etica e giuridica della prestata collaborazione con la giustizia non può corrispondere un giudizio di disvalore — né giuridico né etico — sulla mancata confessione e col-

fatto, la possibilità di fruire un trattamento penitenziario complessivamente più vantaggioso.

Appare chiara, allora, la traiettoria delineata dal legislatore nell'art. 4-*bis* ord. penit.: incentivare, in un'ottica di premialità, la prestazione delle condotte collaborative con la giustizia, al fine di acquisire elementi utili per la ricostruzione dei fatti criminosi o per l'individuazione dei relativi autori.

Si tratta, a ben vedere, di un'involuzione della logica premiale che tradizionalmente assiste, nella fase esecutiva della pena, l'applicazione delle misure alternative alla detenzione o la concessione degli altri benefici penitenziari⁵⁵. La premialità penitenziaria svolge, qui, un'impropria funzione servente al processo⁵⁶, concependo le misure alternative alla detenzione, non come una ricompensa per l'adesione del condannato ad un programma rieducativo, bensì come «merce di scambio per ricevere informazioni utili ai fini dell'accertamento dei reati»⁵⁷. Con l'effetto collaterale di riconoscere alla «pena» una funzione che non le appartiene e, cioè, quella di strumento di contrasto alla criminalità organizzata.

3. *La politica criminale di contrasto alla corruzione: quando l'eccezione diventa la regola*

Il complesso meccanismo di premi ed inasprimenti previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit., se al limite poteva apparire coerente con l'obiettivo «eccezionale» di con-

laborazione, sia per la necessità di rispettare qualsiasi scelta legittima di esercizio del diritto di difesa [...] sia perché la scelta di non accusare altri può anche essere fondata su apprezzabili ragioni morali, p. es. quando si tratti se chiamare o non in correità persone già da tempo ritornate ad una vita normale», così, D. PULITANO, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1030.

⁵⁵ Per un'ampia disamina dell'inversione della logica premiale che permea la disciplina della collaborazione con la giustizia, v. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 358 ss., il quale evidenzia l'impiego della premialità penitenziaria per scopi diversi da quelli che le sono connaturati: «viene strumentalizzata a fini processuali di acquisizione di nuovo materiale probatorio, ovvero sostanziali di prevenzione di offese future». Nello stesso senso, A. BERNASCONI, *Le immunità occulte. Fase dell'esecuzione penale ed ideologia premiale tra razionalizzazione e garantismo*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 194; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., 124, secondo il quale l'aspetto premiale della fase trattamentale acquisisce un significato particolare, attraverso presupposti antitetici rispetto a quelli concepiti e avallati dalla legge n. 663 del 1986, di riforma dell'ordinamento penitenziario. Per una visione tradizionale della premialità nel momento esecutivo della sanzione penale, si rinvia alle riflessioni di F. MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, cit., p. 197 ss.; A. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 14 ss.

⁵⁶ Sul carattere servente della normativa premiale penitenziaria, ancora, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 360.

⁵⁷ Così, efficacemente, A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 867, e, nello stesso senso, A. PRESUTTI, *Alternative al carcere e regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in ID. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 93.

trasto al fenomeno emergenziale della criminalità organizzata, smarrisce definitivamente il senso per cui era stato introdotto, a seguito della progressiva estensione del novero dei delitti ostativi alla concessione dei benefici penitenziari⁵⁸.

Negli ultimi anni, infatti, l'art. 4-*bis* ord. penit. è stato asservito alle più disparate esigenze di politica criminale, subendo molteplici interpolazioni che ne hanno profondamente alterato la struttura e la funzione. Alle fattispecie delittuose direttamente riconducibili alla criminalità organizzata, eversiva o terroristica, il legislatore ha affiancato, sull'onda emotiva delle più recenti emergenze, altri delitti a carattere individuale, non necessariamente sintomatici dell'appartenenza del detenuto ad un'organizzazione criminale⁵⁹. Ci si riferisce, in particolare, alla l. 23 aprile 2009, n. 38 che ha inserito, nel primo periodo dell'art. 4-*bis* ord. penit., i delitti di prostituzione e pornografia minorile, la cui commissione prescinde sovente dall'inserimento dell'autore del reato all'interno di un'associazione criminosa⁶⁰.

⁵⁸ L'area di operatività dell'art. 4-*bis* ord. penit. è stata, nel tempo, oggetto di numerose modifiche dettate dalle esigenze di difesa sociale del momento. In particolare, il novero dei delitti ostativi alla concessione dei benefici penitenziari è stato progressivamente ampliato per effetto del decreto legge 24 novembre 2000, n. 341, convertito in legge 19 gennaio 2001, n. 4; della l. 19 marzo 2001, n. 92; della l. 23 dicembre 2002, n. 279, la quale ha segnato passaggio dei reati di terrorismo dalla seconda alla prima fascia. Anche con diversi interventi legislativi nel 2009, il testo dell'art. 4-*bis* ord. penit. ha subito ulteriori interpolazioni che ne hanno ridisegnato la struttura: in particolare, il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, ha aggiunto la prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), la pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.) e la violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.); la l. 15 luglio 2009 n. 94 e la l. 23 luglio 2009 n. 99 in materia di sviluppo e internazionalizzazione delle imprese, hanno ulteriormente ampliato il catalogo dei reati ostativi. Da ultimo, il d.l. n. 7 del 2015, convertito con l. n. 43 del 2015, ha inserito, tra i reati ostativi di cui al primo comma, quelli *ex* art. 12, commi 1 e 3 del d.lgs. 286 del 1998 (T.U. immigrazioni), vale a dire il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12, comma 1) e il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ai fini di profitto (art. 12, comma 3).

⁵⁹ In questo senso, S. ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, in *Giur. pen. web*, 2018, 6, p. 4, evidenzia gli effetti provocati dalle continue interpolazioni dell'art. 4-*bis* ord. penit.: «gli strumenti di contrasto studiati per neutralizzare forme di pericolosità derivanti dal compimento di reati appartenenti all'area della criminalità organizzata, sono stati ritenuti idonei a contrastare anche altre forme di pericolosità, derivanti dal compimento di reati che nulla hanno a che fare con il crimine organizzato».

⁶⁰ Di questa opinione, B. GIORIS, *D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 464, per cui «la violenza sessuale di gruppo resta un fenomeno difficilmente collegabile a forme di delitto associativo; d'altra parte, anche per quanto riguarda lo sfruttamento, il favoreggiamento e l'induzione della prostituzione minorile, nonché la produzione ed il commercio di materiale pedopornografico, sono ipotizzabili situazioni in cui le condotte vengono tenute da individui del tutto estranei al crimine organizzato». In posizione parzialmente difforme, C. RUGA RIVA, *La collaborazione premiata*, in F. VIGANÒ-O. MAZZA (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009 n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 389, per il quale i reati in esame, «per quanto formalmente non associativi, non permanenti e non abituali sul piano della struttura si inseriscono di fatto in contesti di iterazione di comportamenti criminali ripetuti nel tempo [...], o comunque risultano compiuti da una pluralità di soggetti attivi».

Per effetto delle continue stratificazioni legislative, l'articolo in commento ha finito per smarrire, così, l'originaria natura di "norma eccezionale" di contrasto all'emergenza legata alla criminalità organizzata, per assumere le vesti di una «norma contenitore»⁶¹, tesa alla repressione, in ambito penitenziario, di tutti quei reati che, di volta in volta, ingenerano allarme sociale.

Emblematico, in questa prospettiva, appare l'inserimento – ad opera della legge 9 gennaio del 2019, n. 3⁶² – di taluni delitti contro la pubblica amministrazione all'interno del catalogo delle fattispecie criminose ostative alla disciplina premiale penitenziaria. Siffatta implementazione si iscrive tra le misure adottate dal legislatore allo scopo, dichiarato dalla novella, di "potenziare l'attività di prevenzione, accertamento e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione", «all'insegna del motto che accompagna mediaticamente il testo: spazzacorrotti»⁶³.

Tra gli obiettivi perseguiti dalla riforma, rileva, infatti, un complessivo inasprimento del trattamento sanzionatorio, condotto sia sul versante sostanziale, attraverso la «valorizzazione ipertrofica delle pene accessorie»⁶⁴ (interdizione dai pub-

⁶¹ Così, R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, cit., p. 202, a cui si rinvia per una disamina dettagliata del *restyling*, subito dall'art. 4-bis ord. penit. Secondo, G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. giust.*, 27 giugno 2014, l'art. 4-bis ord. penit. «è un "favo" in forma di titoli di reato aggrappati intorno al "tutore" dei delitti di mafia, gli unici che secondo l'insegnamento della Corte costituzionale potrebbero giustificare astratte presunzioni assolute di pericolosità».

⁶² Per un commento al Disegno di legge presentato il 24 settembre 2018 (atto Camera dei deputati n. 1189) contenente "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici", cfr. R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giur. pen.*, 2018, 10; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 577 ss.; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, ivi, p. 799 ss.; N. PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3589 ss. Per un'analisi articolata della legge, si rinvia a A. DE CARO, *La legge c.d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 281 ss.; A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 947; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 44 ss.; G.D. CAIAZZA, *Spazzacorrotti: un Dna segnato dal giustizialismo*, in *Guida al dir.*, 2019, 11, p. 10 ss.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 5/2019, p. 231 ss. e, con particolare riferimento alle modifiche intervenute in ambito penitenziario, cfr. V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. contemp.*, fasc. 2/2019, p. 105 ss.; P. SCOTTO DI LUZIO, *Effetti della l. 9 gennaio 2019, n. 3 sull'esecuzione penale e sul trattamento penitenziario*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 977 ss.

⁶³ Così, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 9.

⁶⁴ Così, G.D. CAIAZZA, *Spazzacorrotti: un Dna segnato dal giustizialismo*, cit., p. 10. La novella prevede ad un generale inasprimento del regime repressivo, conferendo maggiore afflittività alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la p.a., mediante l'ampliamento del loro ambito applicativo e della durata nel tempo dei relativi effetti o, ancora, attraverso l'aggravamento delle condizioni necessarie per ottenere l'effetto estintivo delle sanzioni accessorie.

blici uffici ed incapacità di contrattare con la p.a.), sia sul versante penitenziario, mediante l'irrigidimento delle condizioni di accesso alle misure extramurarie. È proprio lungo quest'ultima direzione che si colloca la scelta legislativa di inserire i delitti previsti dagli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater* comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p. tra i reati ostativi di "prima fascia", con la conseguente impossibilità per i soggetti condannati di essere ammessi al lavoro esterno, alla fruizione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, salvo abbiano prestato una condotta collaborativa con la giustizia a norma dell'art. 323-*bis*, secondo comma, c.p.

Analogamente a quanto era avvenuto nei primi anni novanta, con riferimento ai delitti di criminalità organizzata, il legislatore sceglie di fronteggiare il dilagare del fenomeno corruttivo, adottando la medesima strategia politico-criminale differenziata: da un lato, l'inasprimento della risposta penale sul piano dell'esecuzione extramuraria e, dall'altro lato, la previsione di un trattamento di favore per colui che intende prestare una condotta collaborativa. Così facendo, «il microsistema dei delitti di corruzione [viene] immesso in blocco nelle fornaci del diritto penale del nemico»⁶⁵.

Invero, l'ampliamento del perimetro applicativo dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. provoca, di fatto, un pericoloso avvicinamento, sul piano della sicurezza pubblica, tra la criminalità organizzata e la criminalità interna all'amministrazione dello Stato⁶⁶, facendo confluire, nell'ambito dell'azione amministrativa, le ragioni di politica criminale intrinsecamente connesse ai contesti associativi di stampo mafioso e terroristico⁶⁷. E le disposizioni dettate dalla novella in materia di indagini e di accertamento del reato confermano questa tendenziale equiparazione, sul piano normativo, tra i condannati per i reati contro la pubblica amministrazione e i soggetti appartenenti alle organizzazioni criminali.

⁶⁵ Così, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 9. Per una disamina, nel dibattito penalistico contemporaneo, della concezione del "diritto penale del nemico" e delle critiche ad essa rivolte, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 797; ID., *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI-B. PASTORE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 161 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470; A. PAGLIARO, *Diritto penale del nemico: una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.* 2010, 1460; F. RESTA, *Lessico e codici del «diritto penale del nemico»*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2785.

⁶⁶ Ad evidenziare l'irragionevole allineamento tra i delitti contro la pubblica amministrazione e i delitti di criminalità organizzata, si rinvia, tra gli altri, a V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 108 ss.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 247 ss., evidenziando la «progressiva osmosi tra lotta alla criminalità organizzata e lotta alla corruzione».

⁶⁷ Di questa opinione, A. DE CARO, *La legge c.d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, cit., p. 283, per cui «estendere il rigore normativo (nella sua forma più estrema del comma 1) dell'art. 4-*bis* ord. penit. ad altre fattispecie solo sulla scorta della scelta di dare risalto politico alla "lotta alla corruzione", equivale a confondere le ragioni che stanno alla base della punizione, le ragioni dell'efficienza dell'investigazione, quelle dell'accertamento processuale e le prospettive della rieducazione collegata alla espiazione della pena».

Si allude, in particolare, alla semplificazione delle condizioni per l'utilizzo delle intercettazioni telefoniche e al potenziamento dell'uso dei captatori informatici⁶⁸, sulla scorta del modello ideato e sperimentato nella lotta alla criminalità organizzata. O, ancora, all'impiego dell'agente infiltrato per scardinare dall'interno il patto corruttivo⁶⁹, rafforzando, così, la singolare idea di considerare la pubblica amministrazione come «una sorta di indistinta associazione per delinquere nei cui gangli occorre dunque infiltrare agenti sotto copertura»⁷⁰.

Una simile equiparazione è destinata, però, a sollevare molteplici problemi di carattere ermeneutico.

Anzitutto, l'inserimento dei delitti contro la pubblica amministrazione nella “prima fascia” dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari, appare dissonante rispetto all'ambizione genetica dell'art. 4-*bis* ord. penit., ovvero quella di neutralizzare particolari forme di pericolosità sociale, generalmente desunte dalle più gravi manifestazioni della criminalità organizzata, premiando eventuali atteggiamenti dissociativi con un trattamento sanzionatorio favorevole.

La predetta inclusione tradisce, infatti, la *ratio* giustificativa del regime derogatorio disciplinato dall'art. 4-*bis* ord. penit., nella sua versione originaria, in quanto finisce per estendere ai delitti commessi nel settore della pubblica amministrazione una presunzione *ex lege* di “pericolosità sociale”⁷¹, tendenzialmente connessa

⁶⁸ In tema di intercettazioni, la legge 9 gennaio del 2019, n. 3 ha abrogato il comma 2 dell'art. 6 del d.lgs. 216/2017 ed implementato il comma 2-*bis* dell'art. 266 c.p.p., disponendo, in particolare, che l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, oltre che nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., delitti di criminalità organizzata e di terrorismo, è ammessa anche per «i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni».

⁶⁹ Il legislatore ha modificato la lettera a) del comma 1 dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, di Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, inserendo nel catalogo dei delitti per cui è consentito il ricorso alle speciali tecniche investigative anche i reati previsti dagli articoli «317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, 353-*bis*» c.p. Manifestano dubbi circa l'effettiva operatività dell'agente sotto copertura nel settore della pubblica amministrazione, A. DE CARO, *La legge c.d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, cit., p. 285; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, cit., p. 801; P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2019, p. 11. Ulteriori incertezze sull'istituto sono evidenziate nel parere del CSM al disegno di legge anticorruzione, secondo quanto riportato in *Legge spazza-corrotti e riforma della prescrizione del reato: il parere del CSM*, in *Dir. pen. contemp.*, 8 gennaio 2019, sottolineando, in particolare, «il rischio di uno sconfinamento dell'agente infiltrato in condotte vietate, come quella della provocazione, con conseguenti ricadute negative sul regime di utilizzabilità degli atti di indagine e, su un piano generale, un improprio ricorso all'istituto».

⁷⁰ Così, G.D. CAIAZZA, *Spazzacorrotti: un Dna segnato dal giustizialismo*, cit., p. 11.

⁷¹ Come opportunamente osservato da G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale* cit., «una volta introdotta una presunzione assoluta di pericolosità per un certo reato, questa esercita, come l'esperienza doviziosamente dimostra, una sorta di *vis attractiva*: non appena si manifesta una reale o immaginaria emergenza la presunzione si estende ad altre figure di reato à la

all'appartenenza del reo ad una consorteria criminale, dalla quale appare improbabile o comunque molto difficile il recesso.

In altri termini, la presunzione di "immeritevolezza" dei benefici extramurari, in origine prevista per i delitti più gravi di criminalità organizzata, viene estesa ad una nutrita serie di comportamenti pregiudizievole per il regolare funzionamento dell'attività amministrativa, ritenuti dal legislatore inconciliabili con il trattamento penitenziario ordinario.

A ben vedere, però, la *vis attractiva* esercitata da tale presunzione non appare assistita da un adeguato fondamento razionale⁷².

Mutuando le conclusioni raggiunte dalla Consulta a sostegno dell'irrazionalità del regime presuntivo in sede cautelare, giova osservare che la previsione di una presunzione legale, specie quando limita un diritto fondamentale della persona, deve fondarsi necessariamente su una congrua "base statistica", in grado di renderla plausibile per la generalità dei casi concreti⁷³.

Ebbene, se le peculiari connotazioni fattuali che accomunano i delitti presenti nella versione originaria dell'art. 4-*bis* ord. penit.⁷⁴ possono ritenersi senz'altro espressione di un livello di pericolosità tale da far apparire «comprensibile»⁷⁵ un percorso più complesso e impegnativo di quello normalmente necessario per accedere ai benefici penitenziari; altrettanto non può dirsi con riferimento alle ipotesi delittuose introdotte dalla legge n. 3 del 2019.

La presunzione di necessità della pena detentiva, in capo ai soggetti condannati per taluni dei reati commessi contro la pubblica amministrazione, non sembra essere supportata, infatti, da analoghe regole di esperienza sufficientemente condivise e riassumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*, in grado di

page, giustapponendo sovente esigenze e fattispecie molto eterogenee».

⁷² Dubbi di legittimità costituzionale, relativamente alla ragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità sociale, sono stati sollevati da V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 108 ss., il quale esclude la possibilità di ravvisare, con riferimento alla predetta inclusione, «alcuna evidenza empirica capace di giustificare la presunzione di pericolosità posta a base del regime derogatorio imposto per reati che [...] non presentano alcuna indicazione specifica che avvalorino la necessità di un forzoso "assaggio di pena" e di una previa osservazione in carcere».

⁷³ Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte costituzionale, «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», così, *ex plurimis*, Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1699; Corte Cost., 16 aprile 2010, n. 139, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1643, con nota di P. SECHI, *Condannati presunti abbienti e patrocinio a spese dello Stato*; Corte Cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit., p. 3169. elaborata in sede cautelare impone al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili

⁷⁴ Il nucleo originale dell'art. 4-*bis* ord. penit. – giova ribadirlo – ricomprendeva perlopiù reati che implicassero o presupponessero necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità, per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice.

⁷⁵ Così, Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit., p. 3922 ss.

giustificare il legame indissolubile che viene a crearsi tra il fatto noto, vale a dire la condanna per i reati in esame, e il fatto ignoto, cioè l'immeritevolezza dei benefici extramurari. Viene a mancare, insomma, un legame funzionale tra le particolari caratteristiche della condotta tipica della fattispecie considerata ostativa e la scelta di limitare (fino al punto di escluderla) la discrezionalità del giudice sulla meritevolezza del singolo ad accedere agli strumenti di rieducazione alternativi.

I fatti che integrano i delitti contro la pubblica amministrazione abbracciano un'ampia gamma di condotte, in prevalenza, individuali. Si tratta perlopiù di delitti monosoggettivi o anche plurisoggettivi ma, in genere, avulsi da un contesto associativo vero e proprio.

Basti pensare all'ipotesi di peculato commesso dal pubblico ufficiale che utilizza il telefono d'ufficio o l'automobile di servizio per scopi privati. Tale condotta non sembra racchiudere quei connotati idonei a sostenere «una accentuata e generalizzata considerazione di elevata pericolosità del suo autore, trattandosi di una condotta di approfittamento [...], realizzata ontologicamente senza uso di violenza o minaccia verso terzi e difficilmente inquadrabile – sul piano della frequenza statistica delle forme di manifestazione – in contesti di criminalità organizzata o evocativi di condizionamenti omertosi»⁷⁶.

Non solo. La varietà delle condotte, inserite dalla legge n. 3 del 2019 nel catalogo dei reati richiamati dall'art. 4-*bis* ord. penit., apparendo tra loro assai diversificate, induce ad interrogarsi, altresì, sul rispetto di canoni di logicità e di base empirica di ogni singola scelta. Si pensi al funzionario dell'ufficio delle imposte dirette che induce la vittima a consegnargli denaro o altre utilità con la promessa di concludere favorevolmente una verifica fiscale in corso; all'agente di polizia giudiziaria che si presti, dietro corrispettivo, a recapitare clandestinamente ad un detenuto cibarie e altri generi di consumo; o, ancora, al pubblico ufficiale che finisce a “libro paga” del privato, mettendosi a completa disposizione dei suoi interessi. All'interno della stessa fattispecie corruttiva, poi, è possibile distinguere, sul piano empirico-criminologico, una pluralità di condotte: per la differente tipologia dei corrotti e dei corruttori, per il diverso rilievo degli interessi economici in campo e, soprattutto, per la differente lesione dei beni tutelati⁷⁷.

⁷⁶ Con particolare riferimento al delitto di peculato, Cass., Sez. I, ord. 18 luglio 2019, n. 31853, in *Dir. & Giust.*, fasc. 134, 2019, p. 10, con nota di F. G. CAPITANI, *Lo 'spazzacorrotti' in odor di incostituzionalità*, esclude l'esistenza di una congrua base logico-empirica capace di sostenere la avvenuta qualificazione del delitto, oggetto del caso in esame, come fondante la presunzione legale di accentuata pericolosità del relativo autore. Pertanto ritiene che «la connotazione di elevata pericolosità di “ogni” autore di simile condotta – che ben potrebbe risolversi in un'unica occasione di consumazione, isolata e marcatamente episodica – espressa dalla l. n. 3 del 2019 pare [...] contrastare con la mera osservazione delle caratteristiche obiettive del tipo legale, in chiave di dubbio circa il rispetto del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.».

⁷⁷ È sufficiente, a tale riguardo, evidenziare la distinzione tra “microcorruzione”, concernente dazioni di modesto rilievo relative a piccoli favori e “macrocorruzione”, che coinvolge i livelli più alti della pubblica amministrazione e/o della politica. Per queste differenze, v. G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi*

A cagione, pertanto, dell'estrema eterogeneità delle fattispecie concrete, risulta arduo enucleare una regola di esperienza riconducibile ragionevolmente a tutte le connotazioni criminologiche che delineano i fenomeni delittuosi contro la pubblica amministrazione. Il che rende intollerabile, alla luce del criterio di individualizzazione del trattamento penitenziario, ricondurre siffatta eterogeneità sotto un'unica e generalizzata presunzione di necessità della pena detentiva.

Né può essere invocato, quale fonte di legittimazione del meccanismo presuntivo, «il livello di corruzione percepito nel settore pubblico»⁷⁸, a cui fa esplicito riferimento il testo del disegno di legge che ha preceduto l'emanazione della novella. Come è stato correttamente precisato, infatti, «la percezione non sempre e non necessariamente corrisponde alla realtà, soprattutto quando essa non deriva da una esperienza, ma da un giudizio largamente valutativo»⁷⁹.

Proprio l'indice di percezione del fenomeno corruttivo sembra, per contro, aver persuaso il legislatore, fin dai lavori preparatori, ad attribuire carattere "emergenziale" all'esigenza di precludere la concessione dei benefici extramurari nei confronti degli autori dei delitti contro la pubblica amministrazione. Viene evocato, a tal riguardo, un vero e proprio «stato di corruzione»⁸⁰, in occasione del quale frequenti e pervasivi episodi corruttivi si traducono in un «fenomeno endemico»⁸¹, il cui carattere diffuso alimenta quel «subconscio collettivo di irrimediabile insicurezza»⁸² che contribuisce a rafforzare l'allineamento – come grado di offensività – ai delitti concernenti la criminalità organizzata.

liberali, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 374.

⁷⁸ Come emerge limpidamente dal testo del *Disegno di legge* (A.C. n. 1189), in *Atti Camera – XVIII Legislature – Disegno di legge e Relazioni*, p. 1, «il livello di corruzione percepito nel settore pubblico è molto alto e mantiene l'Italia in posizione lontana dai vertici della classifica europea». Sempre secondo il *Disegno di legge*, «recenti studi e pubblicazioni, indagini e procedimenti penali per fatti di corruzione gravissimi e sistematici (alcuni dei quali hanno avuto anche vasta eco mediatica) mostrano come la corruzione e gli altri reati contro la pubblica amministrazione siano delitti seriali e pervasivi, che si traducono in un fenomeno endemico, il quale alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza, costa alla collettività un prezzo elevatissimo, in termini sia economici, sia sociali».

⁷⁹ Così, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 2, manifesta non pochi dubbi sull'affidabilità del parametro prescelto. Nello stesso senso, V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., pp. 239-240, mostra alcune perplessità sul fatto di elevare l'indice di percezione della corruzione a parametro che guida le scelte politico-criminali in materia di lotta alla corruzione: «un parametro privo di reale salienza gnoseologica al fine di orientare l'azione preventiva degli apparati pubblici e che – se troppo enfatizzato – rischia di far precipitare l'azione repressiva in un circolo vizioso».

⁸⁰ In questi termini, G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mantenimento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 374.

⁸¹ Ancora, v. *Disegno di legge* (A.C. n. 1189), cit., p. 2. Si interroga sul fondamento obiettivo e verificabile del carattere «endemico» attribuito dalla Relazione al fenomeno della corruzione, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 2. Nello stesso senso, V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1126.

⁸² Per un limpido inquadramento dei rapporti tra "insicurezza sociale", "folate allarmistiche" e "novellazioni securitarie", si rinvia, ancora, all'analisi approfondita di G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit., p. 4.

A ben vedere, però, laddove sia assente una collusione sistematica con i settori della criminalità mafiosa o economica, la stabilizzazione del fenomeno corruttivo, per quanto diffusa (*rectius* percepita) nel settore pubblico, non può dirsi in grado di trasformare singoli episodi illeciti, per di più di natura istantanea, in un'unica organizzazione criminale "amministrativa"⁸³. E ciò al solo fine di giustificare l'adozione di strumenti eccezionali, caratterizzati da un'accentuata valenza politico-simbolica ed orientati al «governo dell'insicurezza sociale»⁸⁴.

L'irrigidimento del trattamento penitenziario, "disattento" alla specifica natura degli illeciti commessi e agli eterogenei margini di reinserimento sociale dei relativi autori, appare, infatti, maggiormente impegnato a soddisfare l'esigenza di assicurare la "tenuta" del patto sociale o – come traspare dalla Relazione illustrativa al testo originario – «l'immagine della pubblica amministrazione e la fiducia stessa dei cittadini nell'azione amministrativa»⁸⁵. La sensazione, allora, è che la corruzione (o, peggio, la sua percezione) rappresenti solo una *occasio legis*, per affrontare una emergenza più propriamente "politica"⁸⁶.

Si assume, ancora una volta, la logica emergenziale come una sorta di "etichetta" da incollare al fenomeno criminale ritenuto, di volta in volta, intollerabile, sotto la quale le misure "eccezionali" si trasformano in una «prevenzione legislativa senza fine»⁸⁷. È nella cultura dell'emergenza, come noto, che si radica la «giustificazione politica della rottura, o se si preferisce del cambiamento, delle regole del gioco che, nello stato di diritto, disciplinano la funzione penale»⁸⁸, alterando la stessa fonte di legittimazione dell'intervento punitivo.

⁸³ In questa prospettiva si muovono alcune considerazioni di A. PAGLIARO, *La lotta alla corruzione e la recente esperienza italiana "mani pulite"*, cit., 1123, per lui «la larga diffusione di un fenomeno criminoso non fa, dei suoi singoli episodi, un unico gigantesco reato. Né la stabilizzazione e standardizzazione delle sue forme ne fa una unica organizzazione criminale».

⁸⁴ Ancora, G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit., p. 4.

⁸⁵ Così, testualmente, il *Disegno di legge* (A.C. n. 1189), cit., p. 2.

⁸⁶ Per una riflessione più ampia sull'emergenza, quale linea di politica criminale, v. G. RICCIO, *Itinerari culturali e premesse di metodo per la "riscoperta" del modello processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1326.

⁸⁷ Così, mutuando le parole di G.M. FLICK, *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 943, espresse con riferimento alla vicenda giuridica "tangentopoli".

⁸⁸ Così, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 843 ss., evidenzia le conseguenze provocate dall'assunzione della logica emergenziale, quale criterio informatore del diritto e del processo penale: quelle, cioè, di cronicizzare il primato della "ragion di stato" sulla "ragione giuridica". Nella stessa prospettiva sembrano muoversi alcune considerazioni di P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia, Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria: dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene, Napoli, 2001, p. 24 ss. Per un'aspra critica agli effetti provocati dall'«emergenza» – intesa come metodo di governo – sul sistema penale, si rinvia, in particolare, a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995. Ancora, sul tema, G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 21 ss., evidenzia come la normativa eccezionale sia «espressione di una linea di involutiva del nostro sistema politico-istituzionale, rivolta non solo ad influenzare l'area delle libertà e delle garanzie costituzionali, ma anche a determinare una svolta autoritaria nel nostro paese».

4. *Le condotte collaborative nei delitti contro la pubblica amministrazione: una “spinta” verso la confessione?*

Ad acuire le perplessità circa la ragionevolezza della presunzione di pericolosità, posta in capo al pubblico ufficiale “infedele”, interviene la scelta del legislatore di subordinare l’accesso al trattamento penitenziario più favorevole all’avvenuta collaborazione con la giustizia.

Prima di verificare, però, la fondatezza del ricorso allo strumento premiale nei delitti contro la pubblica amministrazione, giova soffermarsi sulla portata applicativa della collaborazione processuale delineata dall’art. 323-*bis*, comma 2, c.p., la cui disciplina solleva alcuni punti interrogativi, sui quali si misura la bontà della riforma.

Alle tradizionali condotte collaborative, descritte dall’art. 58-*ter* ord. penit., l’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. affianca, mediante il richiamo dell’art. 323-*bis*, comma 2, c.p., l’apporto conoscitivo di «chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l’individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite»⁸⁹.

Dal confronto di tali disposizioni emerge che l’art. 323-*bis*, comma 2, c.p. si pone in rapporto di specialità rispetto all’art. 58-*ter* ord. pen., distinguendosi da quest’ultimo per ambito operativo e collocazione temporale.

Anzitutto, l’art. 323-*bis*, comma 2, c.p. “aggiunge” le condotte strumentali al reperimento delle somme (o altre utilità), oggetto del *pactum sceleris* per consentire il loro assoggettamento al sequestro finalizzato alla confisca, ma esclude dal novero dei delitti per cui viene prestata la collaborazione, il peculato e la concussione, che finiscono per ricadere nell’ambito di applicazione dell’art. 58-*ter* ord. penit.⁹⁰

In assenza, poi, di un espresso riferimento alla fase esecutiva⁹¹, l’apporto collaborativo di cui all’art. 323-*bis*, comma 2, c.p. si ritiene prestato all’interno del giu-

⁸⁹ L’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., richiama l’art. 323-*bis*, comma 2, c.p., ovvero le condotte collaborative di «chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l’individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite». Si tratta di una circostanza attenuante ad effetto speciale (con riduzione della pena da un terzo a due terzi), introdotta dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, recante “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio”. Per un commento a tale disciplina, cfr. C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell’art. 323-bis c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 giugno 2015.

⁹⁰ Invero, l’art. 323-*bis*, comma 2, c.p. richiama testualmente gli articoli 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p., senza alcuna menzione ai delitti di peculato e concussione, ai quali si ritiene applicabile la disciplina prevista dall’art. 58-*ter* ord. penit. Ciò trova conferma nell’impiego, da parte del legislatore, della congiunzione disgiuntiva “o” per legare, in via alternativa, le condotte collaborative di cui agli artt. 58-*ter* ord. penit. e 323-*bis*, comma 2, c.p.

⁹¹ L’art. 58-*ter* ord. penit., come già osservato, colloca le condotte collaborative «anche dopo la condanna», estendendo, così, l’ambito di applicazione della collaborazione processuale “anche” alla fase esecutiva.

dizio di primo grado, potendo trovare esplicito riconoscimento tra le pieghe della sentenza di condanna, nella veste di una circostanza attenuante ad effetto speciale⁹². Ed è proprio la collocazione del contributo dissociativo nel corso del giudizio di merito a palesare, oltre il già evocato rischio di una progressiva contaminazione cognitiva della vicenda sanzionatoria⁹³, alcune incertezze in ordine all'effettivo potere di accertamento della collaborazione processuale, demandato al Tribunale di sorveglianza. Occorre comprendere, al riguardo, se tale organo giurisdizionale possa valutare autonomamente i fatti posti a sostegno del riconoscimento o meno della circostanza attenuante speciale ed eventualmente ribaltare i risultati conseguiti dal giudice di cognizione.

La risposta a questo interrogativo va ricercata, come è evidente, sul terreno dei rapporti intercorrenti tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione penale, involgendo specialmente il tabù dell'intangibilità, *in executivis*, del giudicato⁹⁴. E ciò in quanto la possibilità del Tribunale di sorveglianza di fondare la propria decisione su accertamenti in contrasto con quelli effettuati nel corso del giudizio di primo grado incontra un limite invalicabile nella cristallizzazione della circostanza *de qua* ad opera del passaggio in giudicato della sentenza di condanna⁹⁵. L'incursione dell'organo di sorveglianza nella vicenda fattuale, oggetto di una statuizione irrevocabile, rischia, infatti, di rimettere in discussione l'accertamento compiuto dal giudice di merito, dando vita ad un possibile contrasto di giudizi riguardanti la medesima *quaestio facti*.

Per evitare simile duplicazione dei giudizi – in due sedi e momenti diversi – sul medesimo profilo fattuale, i giudici della sorveglianza sono indotti a declinare qualsiasi indagine circa la disponibilità del condannato a collaborare, dovendo attenersi al «dato oggettivo»⁹⁶ cristallizzatosi nella sentenza di condanna.

⁹² L'accertamento della condotta collaborativa, richiamata dall'art. 4-bis, comma 1 ord. penit., viene affidato al giudice della cognizione, in modo tale da far dipendere l'accesso ai benefici penitenziari dal riconoscimento nella sentenza di condanna di una circostanza attenuante ad effetto speciale. Per questa opinione, P. SCOTTO DI LUZIO, *Effetti della l. 9 gennaio 2019, n. 3 sull'esecuzione penale e sul trattamento penitenziario*, cit., pp. 983-984.

⁹³ Sul punto, cfr. *retro*, § 2.

⁹⁴ In questi termini, F. CENTORAME, *La cognizione penale in fase esecutiva*, cit., p. 119.

⁹⁵ Per una disamina articolata dell'effetto vincolante prodotto dal giudicato di cognizione nella verifica, in sede esecutiva, delle condotte collaborative, si rinvia alle considerazioni di A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria. Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4 bis e 58-ter l. 26 luglio 1975 n. 354*, cit., p. 897 ss.

⁹⁶ La cristallizzazione della circostanza attenuante speciale, mediante il passaggio in giudicato della sentenza, rappresenta – secondo C. PAPAGNO, *Anche per i reati contro la pubblica amministrazione il regime preclusivo alle misure detentive di cui all'art. 4-bis, comma 1, l. 26 luglio 1975, n. 354*, in G. FLORA-A. MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019 n. 3 c.d. "spazzacorrotti")*, Pacini giuridica, Pisa, 2019, p. 142 – «un "dato oggettivo" cui il pubblico ministero, deputato all'esecuzione della condanna, deve attenersi nell'emissione del conseguente provvedimento di esecuzione». Secondo l'A., pertanto, la presenza di questo "dato oggettivo" – ancor prima di condizionare la verifica del giudice di sorveglianza – implica il venir meno del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena.

In analogia direzione, sembrano essersi mosse le considerazioni, maturate nel panorama giurisprudenziale meno recente, inclini ad attribuire carattere meramente ricognitivo – *rectius* notarile⁹⁷ – alla verifica compiuta *in executivis* sulla sussistenza o meno del requisito della collaborazione. Secondo l'esegesi fatta propria da un indirizzo giurisprudenziale di legittimità, l'apporto conoscitivo del collaborante costituisce «un semplice dato storico, estraneo al procedimento di sorveglianza, per cui al fine di decidere sulla istanza diretta ad ottenere i benefici, il Tribunale [...] non deve acquisire comportamenti di collaborazione»⁹⁸, limitandosi a constatare l'esistenza o meno di fatti sintomatici della condotta collaborativa.

In questo modo, l'accertamento del giudice di cognizione, divenuto immodificabile per effetto del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, finisce per esercitare una preclusione assoluta nei confronti del Tribunale di sorveglianza, al quale viene sottratto qualsiasi momento di verifica circa la “meritevolezza” del condannato ad accedere ai benefici penitenziari extramurari.

Le perplessità maggiori, suscitate dal rinvio operato dall'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. alle condotte collaborative *post delictum*, affiorano, tuttavia, sotto il profilo della ragionevolezza del «binomio premi/preclusioni»⁹⁹ nell'ambito della politica di contrasto al fenomeno della corruzione.

Alle incertezze già manifestate con riferimento alla “collaborazione”, quale indice legale di “sicuro ravvedimento del condannato”¹⁰⁰ da cui far dipendere l'accesso a percorsi rieducativi extramurari, deve aggiungersi l'incongruenza di mutare forme di premialità escogitate dalla legislazione emergenziale per il contrasto alla criminalità organizzata.

Il tentativo compiuto dal legislatore di rimodulare la portata delle condotte collaborative, ontologicamente costruite sul fenotipo del crimine organizzato non manca, infatti, di palesare una certa dose di ambiguità.

Anzitutto, il ricorso allo strumento premiale, concepito per favorire la rottura del vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso, solleva un primo interrogativo circa la capacità della condotta di “ravvedimento” – ovvero «per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori» – di incidere «efficacemente» sull'offesa arrecata dai delitti contro la pubblica amministrazione, a cagione della loro natura istantanea. Invero, diversamente da

⁹⁷ Sottolinea il «ruolo meramente notarile» della magistratura di sorveglianza, G. INZERILLO, *Le “restrizioni” carcerarie nei confronti di imputati e detenuti non collaboratori con la giustizia al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3133.

⁹⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 20 settembre 1993, Ruga, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2783; Cass., Sez. I, 13 maggio 1994, Solinas, *ivi*, 1995, p. 2687; Cass., Sez. I, 13 maggio 1994, Petrucci, *ivi*, 1995, p. 2278, per cui il Tribunale di sorveglianza deve limitarsi «ad accertare se il condannato ha collaborato o meno con la giustizia e, quindi, a constatare se sussista o meno il requisito che condiziona l'applicabilità del beneficio».

⁹⁹ L'espressione è di G. INZERILLO, *Le “restrizioni” carcerarie nei confronti di imputati e detenuti non collaboratori con la giustizia al vaglio della Corte costituzionale*, cit., p. 3132.

¹⁰⁰ Per le critiche a tale approccio, si veda, *supra*, al § 2.

quanto accade nelle fattispecie a struttura associativa, l'offensività dei delitti in esame si esaurisce nel momento della dazione o della promessa, rendendo più complesso l'esercizio di un'efficace interferenza del *post factum* sulla tutela del bene giuridico¹⁰¹.

Ma non è ancora tutto a questo riguardo.

La situazione più frequente in cui matura la collaborazione processuale è rappresentata, come noto, dalla compartecipazione in fatti associativi o quanto meno di tipo concorsuale¹⁰², mediante la disponibilità del collaborante a fornire informazioni decisive al fine di individuare ulteriori soggetti responsabili e smantellare, così, l'organizzazione criminosa. Sicché, la natura prevalentemente monosoggettiva dei delitti contro la pubblica amministrazione rende, di fatto, inoperante la possibilità di fornire un'utile collaborazione attraverso «l'individuazione degli altri responsabili». Si pensi alle ipotesi delittuose del peculato e della concussione, la cui consumazione monosoggettiva, non implicando la compartecipazione di altri correi¹⁰³, estromette dal novero delle condotte collaborative ogni forma di aiuto offerta affinché siano individuati gli altri responsabili.

Pertanto, ad eccezione dell'individuazione reciproca tra corruttori e corrotti "pentiti", la forma di collaborazione più facilmente percorribile per gli autori dei delitti contro la pubblica amministrazione sembra consistere nell'aiuto prestato agli inquirenti per la raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione del fatto criminoso o per il sequestro delle somme trasferite.

Si nasconde, così, tra le righe dell'art. 323-*bis*, comma 2, c.p., una vera e propria «spinta alla confessione»¹⁰⁴. Spinta che diventa tanto più forte qualo-

¹⁰¹ Per queste considerazioni, sia pur con specifico riferimento alla fattispecie di corruzione in atti giudiziari, cfr. F. BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 232-233; A. PAGLIARO, *Alcune modifiche in tema di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 64; ID., *La lotta alla corruzione e la recente esperienza italiana "mani pulite"*, ivi, 1997, p. 1121, secondo cui – rispetto ad un reato permanente, quale è un'associazione terroristica o mafiosa – il fatto corruttivo è in sé stesso esaurito nel momento della dazione o promessa o, al più, nel momento della commissione dell'atto di ufficio.

¹⁰² Di questa opinione, tra gli altri, V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 261.

¹⁰³ E ciò valga anche qualora si costruisca il delitto di concussione su uno schema di «plurisoggettività necessaria impropria (dove l'*intraneus* è autore e l'*extraneus* è "vittima")», così V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 112. S'interroga, altresì, sul contenuto effettivo della collaborazione, nel caso di sentenza di condanna per peculato o concussione, D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. contemp.*, fasc. 3/2019, p. 239, per cui «non è dato capire quale collaborazione ci si possa attendere: forse un'autodenuncia per altri ipotetici delitti dei quali nulla si sa?».

¹⁰⁴ Si richiama, qui, l'espressione impiegata da L. MARAFIOTI, *Spinta alla confessione e macchine sanzionatorie: attenzione dei giuristi ed eredità di Foucault*, cit., p. 129 ss., il quale propone una rilettura della "spinta" verso la confessione, registrabile negli scritti di Foucault. Sul "bisogno di confessione" avvertito negli insegnamenti di Foucault, si richiama, altresì, G. GAROFALO, *Da Lovanio ad Avetrana: "appetito di confessione" e intolleranza alla ritrattazione*, ivi, p. 115 ss. Questa spinta

ra si consideri la rigorosa impostazione giurisprudenziale avente ad oggetto la valenza premiale della confessione, proprio laddove non vi siano correi da individuare.

Nei reati monosoggettivi, osserva la Corte Suprema, «il contributo deve essere più pregnante e non può consistere nella sola confessione in relazione a fatti di cui il responsabile era già stato individuato ovvero nella ricostruzione di particolari secondari per l'accertamento della verità»¹⁰⁵. Occorre, pertanto, un comportamento attivo che, lungi dal risolversi nella mera dissociazione, si traduca in un aiuto concreto e decisivo all'orientamento delle indagini.

L'apporto offerto dal confitente integra, così, un *tertium genus* rispetto alla confessione processuale e alla confessione esecutiva¹⁰⁶, poiché, diversamente da queste ultime, il contributo conoscitivo *contra se*, richiamato dall'art. 4-*bis* ord. penit., appare orientato in via esclusiva al perseguimento di istanze general-preventive e di difesa sociale. La verità espressa mediante la confessione può dirsi, infatti, pienamente rispondente alla finalità rieducativa della pena solo quando è rimessa alla libera scelta del soggetto¹⁰⁷, «ossia senza la presenza di interferenze sul suo *iter* motivazionale»¹⁰⁸.

Difficile convincersi, allora, che la prospettiva di un "assaggio di carcere" o, peggio, di un definitivo sbarramento al trattamento rieducativo e risocializzante sia incapace di condizionare la libertà del soggetto nella valutazione degli interessi in gioco.

alla confessione appare, poi, ulteriormente rafforzata dall'introduzione della speciale causa di non punibilità di cui al novello art. 323-*ter* c.p., per il soggetto che, dopo aver commesso alcuno dei reati di corruzione, turbata libertà degli incanti e induzione indebita a dare o promettere utilità indicati all'art. 1, lettera s), decida di collaborare e denunciare il reato prima di avere notizia che nei suoi confronti si stanno svolgendo indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla sua commissione, fornendo altresì indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e individuare gli altri responsabili, a condizione che il collaborante metta a disposizione le utilità e i guadagni illeciti da lui percepiti con la condotta criminosa.

¹⁰⁵ Così, Cass., Sez. I, 29 maggio 2008, n. 28870, Chiatti, in *CED Cass.*, rv. 240468, «occorre invece una vera e propria attività di collaborazione, concreta e fattiva, con le autorità inquirenti, che si traduca non soltanto nella semplice dissociazione, ma anche nell'adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori e nel coadiuvare concretamente gli organi inquirenti nella raccolta degli elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per la cattura degli autori dei delitti».

¹⁰⁶ Viene definito, in questi termini, da R. DEL COCO, *Verità, confessione e meccanismi sanzionatori nelle tecnologie del potere*, cit., p. 65, il meccanismo collaborativo descritto dagli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit., distinguendosi dalla forma processuale ed esecutiva della collaborazione. In argomento, cfr., altresì, F. CENTORAME, "Onori e oneri" della confessione: dai collaudati schemi della collaborazione processuale alle nuove frontiere della reparative justice, *ivi*, pp. 106-107.

¹⁰⁷ Solo in questo modo – osserva R. DEL COCO, *Verità, confessione e meccanismi sanzionatori nelle tecnologie del potere*, cit., p. 59 – «la confessione acquisisce un carattere che non è solo simbolico».

¹⁰⁸ Per un'approfondita analisi della dimensione soggettiva della confessione e, in particolare, dell'assenza di influenze esterne sull'*iter* motivazionale, si rinvia alle riflessioni di L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 103 ss., secondo il quale «la libertà morale del soggetto, che costituisce nel nostro ordinamento principio irrinunciabile nell'assunzione di qualsiasi prova, diviene nella fattispecie confessoria parte integrante del nucleo concettuale».

Il ricorso premiale alla sofferenza della pena finisce per rievocare, così, «lo spettro della soave inquisizione»¹⁰⁹, secondo una logica non troppo distante da quella che, in passato, ha ispirato la tortura. Come argutamente osservato, infatti, il “premio” riconosciuto al soggetto collaborante, nonostante sia uno strumento di persuasione meno violento della tortura, condivide con essa la coazione psicologica in grado di incidere sulla libertà di coscienza e sulla volontà del soggetto dichiarante¹¹⁰. Valgano, allora, anche in questa sede le esortazioni recentemente espresse dai giudici di Strasburgo affinché la scelta del detenuto di collaborare sia lasciata alla libera valutazione del condannato, senza alcuna forma di costrizione psicologica¹¹¹.

Ebbene, una volta confinato entro questi ristretti limiti, il perimetro dell’apporto collaborativo risulta notevolmente compresso e ciò rischia di ridurre – fino ad annullare – le possibilità concrete di accedere ai benefici penitenziari¹¹², con l’effetto paradossale di limitare le *chances* “rieducative” dei pubblici ufficiali in misura maggiore rispetto a quelle astrattamente riconosciute ai soggetti condannati per i delitti di criminalità organizzata.

Il che, a ben vedere, finisce per alimentare l’irragionevolezza della disciplina *de qua*.

5. *L’efficacia temporale del novum legislativo e il rischio di preclusioni “a sorpresa”*

Un ultimo profilo del richiamato intervento legislativo merita un’attenta riflessione.

¹⁰⁹ Così, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 501 ss., richiamando lo scritto di T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 52, al quale si rinvia per un’ampia panoramica sui rischi inquisitori connessi allo stimolo premiale della collaborazione processuale.

¹¹⁰ Per una suggestiva equiparazione tra “premio” e “tortura”, cfr. L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, pp. 219-220 e, nello stesso senso, T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, cit., p. 543, il quale – richiamando le parole del Carmignani – evidenzia i rischi connessi all’utilizzazione sull’imputato di uno strumento di pressione, sia esso di natura coercitiva o premiale. Per simile accostamento, di recente, R. DEL COCO, *Verità, confessione e meccanismi sanzionatori nelle tecnologie del potere*, cit., p. 68, la quale evidenzia «un invisibile filo rosso che lega confessione e meccanismi sanzionatori dalla tortura e dal supplizio medievali sino ad arrivare al doppio binario trattamentale previsto per gli autori di gravi delitti di criminalità organizzata: la tendenza ad un uso strumentale del condannato e della sofferenza connessa all’esecuzione della pena, al fine di ottenere atti di dir vero necessari ed indispensabili nella instaurazione delle relazioni di sapere-potere».

¹¹¹ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, sent. 13 giugno 2019, Marcello Viola c. Italia, cit., § 116.

¹¹² Per contro, l’impossibilità di prestare una condotta collaborativa, in ragione di una rapida ricostruzione dei fatti e delle responsabilità, subordinando – a norma dell’art. 4-bis, comma 1-bis ord. penit. – la concessione dei benefici penitenziari all’acquisizione di elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, rischia di generalizzare l’accesso alle misure extramurarie. A tal fine, potrà rivelarsi, infatti, sufficiente ricorrere a clausole stereotipate in cui sia evidenziata l’assenza di compartecipi, di vertici o di superiori livelli associativi o, ancora, sarà sufficiente il completo accertamento del delitto della pubblica amministrazione per escludere il legame.

La scelta legislativa di inserire, tra i reati “ostativi” alla concessione dei benefici penitenziari”, i delitti contro la pubblica amministrazione disvela ulteriori incertezze circa l’efficacia temporale da attribuire alle disposizioni che negano la sospensione dell’ordine di esecuzione della pena, in virtù del richiamo operato dall’art. 656, comma 9, c.p.p. all’art. 4-*bis* ord. penit.¹¹³. Invero, per effetto del rinvio a quest’ultima norma, l’art. 656, comma 9 c.p.p. preclude al pubblico ministero la possibilità di sospendere l’esecuzione della pena detentiva non superiore a quattro anni, anche per i delitti contro la pubblica amministrazione, imponendo l’ingresso obbligato in carcere del soggetto condannato.

Le perplessità nascono dal fatto che il legislatore, come spesso accade¹¹⁴, ha omesso di regolare le questioni di diritto intertemporale delle situazioni giuridiche pendenti al momento dell’entrata in vigore della novella (31 gennaio 2019), trascurando di chiarire se la neointrodotta disciplina sia soggetta al principio del *tempus regit actum*, oppure sia legittimo invocare il principio di irretroattività delle norme penali più sfavorevoli, di cui all’art. 25, comma 2, Cost.

La risposta a questo interrogativo ruota, come è evidente, intorno alla natura processuale o sostanziale delle norme concernenti l’esecuzione penale e, segnatamente, il trattamento penitenziario. Si tratta di una questione annosa, sulla quale era già intervenuta la Corte di cassazione, con una pronuncia a Sezioni Unite¹¹⁵, e, da allora, oggetto di ininterrotti contrasti mai composti fra giurisprudenza e dottrina¹¹⁶.

¹¹³ Sui profili di diritto intertemporale della modifica legislativa, cfr. V. ALBERTA, *L’introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell’art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giur. pen. web*, 2019, 2; V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 113 ss.; 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 *Dir. pen. contemp.*, 14 marzo 2019; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., p. 239 ss.; L. BARON, *‘Spazzacorrotti’, art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 5/2019, p. 153 ss.

¹¹⁴ Un altro precedente, proprio *in subiecta materia*, si ravvisa nel d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella l. 23 aprile 2009, n. 38, recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori», mancando all’interno del relativo testo una disciplina *ad hoc* che regolasse l’efficacia nel tempo delle modifiche “peggiorative” dell’esecuzione penale.

¹¹⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, n. 24561, P.M. in proc. Aloj, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3963, pronunciandosi con riferimento all’ipotesi in cui la sopravvenuta inclusione del delitto di violenza sessuale tra quelli previsti dall’art. 4-*bis* ord. penit. aveva comportato l’operatività del divieto della sospensione dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., aveva affermato espresamente che «le disposizioni concernenti l’esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l’accertamento del reato e l’irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e pertanto (in assenza di una specifica disciplina transitoria), soggiacciono al principio “*tempus regit actum*”, e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall’art. 2 c.p., e dall’art. 25 Cost.».

¹¹⁶ Sulla natura (sostanziale/processuale) delle norme penitenziarie e, in particolare, sulla legittimità di una loro applicazione retroattiva, non si riscontra uniformità di vedute in dottrina. Un’impostazione formalistica, promossa da A. PAGLIARO, voce *Legge penale*; c) *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol.

Secondo l'esegesi accolta dall'indirizzo giurisprudenziale prevalente, le disposizioni concernenti le misure alternative alla detenzione (tra cui si annovera l'art. 4-bis ord. penit.), limitandosi a circoscrivere le modalità esecutive della pena irrogata, assumono natura processuale e, pertanto, soggiacciono al principio del *tempus regit actum*. La Corte Suprema, in una pluralità di occasioni¹¹⁷, ha escluso che tali norme, in quanto estranee ai profili di accertamento del reato o di irrogazione della pena, siano soggette alle regole dettate dall'art. 2 c.p. in materia di successione di norme penali nel tempo e, più in generale, al principio costituzionale di irretroattività delle disposizioni *in peius*.

Sicché, in linea con tale impostazione formalistica, «un'eventuale modifica normativa che introduca una più severa disciplina è immediatamente applicabile a tutti i rapporti esecutivi, non ancora esauriti»¹¹⁸.

XXIII, Giuffré, Milano, 1973, p. 1067 e condivisa dalla giurisprudenza dominante, limita l'operatività dell'art. 25, comma 2, Cost. alle leggi penali sostanziali, cioè, alle norme che creano reati e comminano sanzioni, ritenendo applicabile all'esecuzione penale il principio del *tempus regit actum*. Secondo una lettura meno restrittiva, accolta in particolare da F. BRICOLA, *Commento art. 25 comma 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili (artt. 24 – 26)*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 300, l'intero settore penitenziario e, più in generale, l'esecuzione della pena integrano il momento dinamico della pena e, come tali, soggiacciono alle regole dettate dall'art. 25 Cost. Nello stesso senso, A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 866; G. ESPOSITO, *Brevi osservazioni in ordine alla legittimità costituzionalze della nuova disciplina delle misure alternative alla detenzione*, in *Arch. pen.*, 1993, pp. 139-140; C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 3, pp. 320-321. Assume una posizione più sfumata, F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 402 ss., il quale invoca il principio di irretroattività unicamente per le modifiche peggiorative dell'esecuzione che si risolvono in un «complessivo inasprimento del normale regime carcerario», escludendo le ipotesi di regolamentazione sfavorevole di una misura risocializzante in quanto misura «premiata» e non punitiva. A tal proposito, G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 3 – 4/2014, p. 326, pur riconoscendo l'assenza di uniformità, da un punto di vista ontologico, tra tutte le disposizioni che regolano il trattamento penitenziario (quali, ad esempio, la corrispondenza, i permessi premio o la durata della pena), evidenzia il rischio che la scelta di un criterio discrezionale per distinguere tra natura processuale o sostanziale finisca per ««imbozzolarci» in un formalismo impermeabile alla realtà». Sulla superfluità di interrogarsi «sul sesso degli angeli», v. L. MARAFIOTI, *Deflazione carceraria e tutela giurisdizionale penitenziaria*, in R. DEL COCO-L. MARAFIOTI-N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: radici remote e recenti soluzioni normative*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 5. Sull'argomento, altresì, M. G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1265; F. PICOZZI, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati*, in *Rass. pen. crim.*, 2010, p. 61 ss.

¹¹⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 9 maggio 2018, n. 24844; Cass., Sez. I, 18 dicembre 2017, n. 4420; Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578, Modeo, in *Dir. & giust.*, fasc. 42, 2016, p. 5, con nota di F. FAZIO, *Rapporto tra funzione general-preventiva e funzione rieducativa della pena*, ha escluso, nel caso di specie, che le norme regolanti l'accesso ai benefici extramurari *ex art. 30 – ter ord. penit.* avessero natura sostanziale, ritenendo applicabile il principio *tempus regit actum*. Nello stesso senso, Cass., Sez. V, 1 luglio 2014, n. 30558, Ficara, in *CED Cass.*, rv. 262489; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580, Schirato, in *CED Cass.*, rv. 255310; Cass., Sez. I, 11 novembre 2009, n. 46649, Nazar, in *CED Cass.*, rv. 245511; Cass., Sez. I, 9 dicembre 2009, n. 46924, in *CED Cass.*, rv. 245689.

¹¹⁸ Così, Cass., Sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580, Schirato, cit. Secondo un orientamento giuri-

Imprescindibile, allora, chiarire quale sia la “situazione esecutiva esaurita”. Secondo le conclusioni raggiunte recentemente dalla Corte di cassazione, qualora l’ “atto complesso”, costituito dalla sospensione dell’ordine, dalla proposizione dell’istanza e dalla decisione del Tribunale di sorveglianza, sia stato già compiuto, al momento dell’entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in alcuni dei suoi tasselli essenziali, «la sopravvenienza normativa che aumenta il novero dei delitti di cui al catalogo contenuto nell’art. 4-*bis* ord. pen., richiamato dall’art. 656, comma 9, c.p.p. ai fini del divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione, non può comportare la revoca della sospensione già disposta e il mutamento delle regole per la eventuale concessione delle misure alternative richieste»¹¹⁹.

In linea con quest’orientamento, il “neo introdotto” divieto di sospensione troverebbe applicazione in tutte le ipotesi in cui la sentenza sia divenuta definitiva prima dell’entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 e l’ordine di esecuzione sia stato emesso dopo il 31 gennaio 2019.

Il condizionale, tuttavia, è d’obbligo.

La soluzione imposta alla luce del “diritto vivente” non sembra trovare conforto in sede sovranazionale, stridendo con il modello sostanzialistico-funzionale di “*matière pénale*” accolto dalla giurisprudenza della Corte EDU¹²⁰.

sprudenziiale consolidatosi in tema di delimitazione dell’efficacia temporale delle disposizioni volte a modificare l’esecuzione penale, laddove «l’espiazione della pena (o l’esecuzione di una misura alternativa) non sia iniziata o sia in corso al sopraggiungere di una nuova legge processuale, l’applicazione immediata della stessa discende proprio dal principio “*tempus regit actum*”», cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 18 gennaio 1999, n. 459, in *Ind. pen.*, 1999, p. 837, con nota di O. MAZZA, *Il destino degli ordini di carcerazione rimasti ineseguiti al momento dell’entrata in vigore della “Legge Simeone”*; Cass., Sez. I, 11 febbraio 2000, n. 999, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1843; Cass., Sez. III, 23 gennaio 2007, n. 1877, «consegu[en]do che dalla legge posteriore debbono, invece, essere disciplinati, in virtù del principio richiamato, sia gli atti da compiersi nella sua vigenza sia quelli posti in essere antecedentemente, qualora da essi siano derivate conseguenze giuridiche perduranti o situazioni processuali non ancora definite alla data della sua entrata in vigore».

¹¹⁹ Così, Cass., Sez. I, 3 maggio 2019, n. 25212, in *Dir & giust.*, fasc. 104, 2019, p. 10, con nota di C. MINNELLA, *Sospensione dell’ordine di carcerazione prima della “Spazzacorrotti”: niete revoca successiva*.

¹²⁰ Per un’ampia riflessione sulla nozione di “materia penale” rispetto alle garanzie convenzionali e, in particolare, sul rapporto intercorrente tra legalità “europea” e legalità “nazionale”, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali. Atti del Convegno – Napoli, 7-8 novembre 2014*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 283 ss.; V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 955; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 90 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*; F. PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è “sostanzialmente penale”?*, in M. DONINI-L. FOFFANI (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 7 ss.; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs legalità ‘convenzionale’?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 74 ss.

Come noto, i giudici di Strasburgo, in ordine alla perimetrazione dei confini della “materia penale”, hanno oramai abbandonato un approccio marcatamente formalistico, alla stregua del quale le garanzie del *nullum crimen*, dettate dall’art. 7 Cedu¹²¹, sono applicabili esclusivamente sulla base della qualificazione formale conferita dagli ordinamenti interni ai concetti di “reato” e “pena”.

Si è progressivamente diffusa un’impostazione “sostanzialistica”, incline a valorizzare il contenuto afflittivo della sanzione, nell’ottica di assicurare alle garanzie convenzionali un’estensione quanto più ampia possibile e rendere, così, effettiva la protezione offerta dall’art. 7 Cedu¹²². Secondo tale approccio, quindi, ogni istituto caratterizzato da un contenuto intrinsecamente punitivo, a prescindere dalla “etichetta” assegnatagli dal diritto interno¹²³, deve poter godere delle garanzie previste dalla Convenzione, ivi compresa l’irretroattività.

Il che ha trovato esplicita conferma proprio con riferimento alle misure adottate successivamente all’inflizione della pena definitiva, qualora esse incidano, in modo decisivo, sugli elementi nucleari del trattamento penitenziario del detenuto.

Merita di essere richiamata, a tale proposito, la sentenza Del Rio Prada c. Spagna¹²⁴, orientata a valorizzare la natura intrinseca della misura considerata, a prescindere dal

¹²¹ L’art. 7 della CEDU enuncia simultaneamente il principio di legalità dei reati e delle pene “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” e il principio di irretroattività in materia penale, laddove stabilisce che «nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno». A commento di tale norma, v. A. BERNARDI, *Art. 7 – Nessuna pena senza legge*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 256 ss.; V. MANES, *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 258 ss.

¹²² Secondo il principio-guida, per cui le norme della Convenzione devono essere interpretate in modo da assicurare una tutela effettiva e non solo formale dei diritti riconosciuti dalla stessa, «quello che conta è verificare se la norma incide sulla concreta determinazione della pena e sulla sua effettiva durata», così L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 98.

¹²³ A tal proposito si richiama, *ex plurimis*, Corte EDU, sent., 9 febbraio 1995, n. 307-A, Welch c. Regno Unito, per cui la Corte – dunque, anche il giudice nazionale, in quanto giudice dell’interpretazione conforme alla Cedu – deve essere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una data misura costituisca pena ai sensi di tale norma».

¹²⁴ Cfr., Corte eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. n. 42750/09, in *Cass. pen.*, 2014, p. 683 ss., con nota di E. PROFITI, *La sentenza “Del Rio Prada” e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell’overruling giurisprudenziale sfavorevole in tema di benefici penitenziari*, il caso di specie aveva ad oggetto l’applicazione retroattiva della diversa interpretazione delle disposizioni relative alle modalità di calcolo degli sconti di pena conseguenti all’applicazione del beneficio della *redención de penas por trabajo* (uno sconto di pena di un giorno di carcere ogni due giorni di lavoro intramurario), sulla base di un nuovo e più sfavorevole orientamento interpretativo inaugurato dalla dottrina *Parot*. A commento della decisione, tra i tanti, cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 97 ss.; F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013; ID., *La Corte europea su principio di legalità e applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in materia di esecuzione delle pene in Spagna*, ivi, 17 dicembre 2012; G. GARUTI, *Applicazione retroattiva di una giurisprudenza sfavorevole in Spagna*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1375.

nomen iuris e dalla fase temporale in cui la stessa viene disposta. In quell'occasione, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo aver ribadito che la fase esecutiva rimane esclusa, in via di principio, dal concetto di "*matière pénale*", ha evidenziato, tuttavia, la difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione tra una "*penalty*" e una misura incidente sulla "*execution of the "penalty"*"; soprattutto quando le misure, adottate nel corso della fase esecutiva, conducono ad una «ridefinizione o a una modifica della portata della "pena" inflitta dal giudice»¹²⁵.

Pertanto, ogni qualvolta un mutamento sfavorevole intervenuto *in executivis* abbia una incidenza afflittiva sul trattamento giuridico del soggetto condannato, in grado di provocare una rideterminazione della risposta sanzionatoria, la *ratio* di tutela sottostante alla dimensione sostanziale del principio di legalità finisce per imporre il divieto di applicazione retroattiva, di cui all'art. 7 Cedu¹²⁶.

E ciò vale, *a fortiori*, quando le modalità "peggiorative" condizionano – come nel caso dell'art. 4-*bis* ord. pen. – la stessa possibilità di concedere una misura alternativa alla detenzione, determinando «un mutamento qualitativo della sanzione concretamente inflitta, da "alternativa" a "detentiva"»¹²⁷.

A ben vedere, infatti, lo sbarramento iniziale alla possibilità di accedere alle misure extramurarie, introdotto dalla novella legislativa, non incide – come nel caso Del Rio Prada c. Spagna – sul *quantum* di pena da espiare effettivamente in carcere, bensì coinvolge (*rectius* stravolge) la natura stessa della sanzione, imponendo, almeno per un primo momento, il regime murario.

In questo modo, le conseguenze derivanti dall'immediata applicazione del riformato art. 4-*bis* ord. penit. nei confronti di colui che è stato condannato per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella, non ricadono semplicemente sulle modalità esecutive di una sanzione, ma intervengono sul grado di compressione della libertà personale e, pertanto, si riverberano sul contenuto della pena, nella sua accezione "dinamica"¹²⁸. Anche se il rilievo potrà sembrare scontato, giova ricordare che il sistema sanzionatorio appare oramai contraddistinto da un'ampia flessibilità della pena, la cui conformazione, calibrata sul singolo percorso individuale, è suscettibile di subire modifiche e riduzioni, so-

¹²⁵ Così, Corte eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, § 89, «*the Court does not rule out the possibility that measures taken by the legislature, the administrative authorities or the courts after the final sentence has been imposed or while the sentence is being served may result in the redefinition or modification of the scope of the "penalty" imposed by the trial courts.*»

¹²⁶ Secondo la Corte eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, § 89, costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 Cedu l'applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale in merito alle modalità di applicazione del beneficio penitenziario, nella misura in cui tale mutamento risulti imprevedibile.

¹²⁷ In questi termini, cfr. V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 114.

¹²⁸ Per tale accezione, si rinvia a F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 279. Nello stesso senso, A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 866.

prattutto nel momento esecutivo, in vista dell'obiettivo di risocializzazione della persona condannata¹²⁹.

Atteso, quindi, che la pena viene ad essere specificata, nel suo contenuto e nella sua concreta afflittività, proprio dalle disposizioni che regolano il trattamento penitenziario e, in particolare, da quelle relative alle misure alternative alla detenzione¹³⁰, le evidenziate modifiche dell'art. 4-*bis* ord. penit. finiscono per provocare effetti più propriamente "sostanziali"¹³¹.

Si tratta, questa, di una puntualizzazione con implicazioni tutt'altro che teoriche.

Sono evidenti, infatti, le ricadute che il conferimento della natura sostanziale alla norma predetta – e il conseguente divieto di applicazione retroattiva della relativa novella – provoca in termini di certezza del diritto, di cui è proiezione il principio di affidamento del singolo all'immutabilità del quadro normativo vigente nel momento dell'avvenuta violazione della legge penale¹³². È la stessa *ratio* di garanzia sottostante al principio dell'irrevocabilità ad imporre che il soggetto, qualora si appresti a delinquere, sia in grado di prevedere le conseguenze giuridico-penali derivanti dalla propria condotta, ivi inclusa la regolamentazione delle misure extramurarie, che – giova ribadirlo – influiscono sulla dimensione dinamica della pena.

Non ci vuole molto senso pratico, del resto, per comprendere che l'immediata ed indiscriminata operatività del riformato art. 4-*bis* ord. penit. nei confronti di tutti i procedimenti in corso alla data del 31 gennaio 2019 finisce per arrecare un grave *vulnus* al ragionevole affidamento del soggetto condannato alla stabilità

¹²⁹ Sulla metamorfosi subita dalla pena a seguito dell'avvento della Costituzione e, soprattutto, della riforma dell'ordinamento penitenziario, cfr., tra i molti, F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 24, evidenziando come, proprio a seguito di tali interventi, l'esecuzione della pena «perde la sua caratteristica quasi esclusivamente custodialistica e si sostanzia invece nell'attuazione di un trattamento, appunto rieducativo, effettuato nella prospettiva della possibile applicazione delle misure alternative alla detenzione, nel corso ed a seguito del trattamento stesso».

¹³⁰ Come è stato opportunamente osservato, «le misure alternative partecipano della natura della pena, proprio per il loro coefficiente di afflittività: esse, pertanto, sono alternative non alla pena in generale ma alla pena detentiva, trattandosi di diverse forme di penalità», così, Corte Cost., 12 aprile 1990, n. 188, in *Cass. pen.* 1991, p. 371.

¹³¹ A tale proposito, M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il micro-sistema delle fattispecie di corruzione*, cit., p. 44 ss., auspica un possibile superamento del «"dogma" della natura processuale delle norme in materia di esecuzione penale (dell'ordinamento penitenziario) regolate sotto il profilo intertemporale dall'ambiguo principio del *tempus regit actum*», affermando con forza che anche queste norme concernono la pena, il trattamento sanzionatorio, seppure nella sua dimensione dinamica. Si tratta, come evidenzia G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostantive alla liberazione anticipata speciale)*, cit., p. 326 – di un «sentiero stretto ed in salita», che si ha, tuttavia, il dovere di intraprendere, evitando il rischio di «"imbozzolarci" in un formalismo impermeabile alla realtà».

¹³² Sull'esigenza di tutela dell'«affidamento» del singolo, come punto di riferimento essenziale per la determinazione dei limiti di retroattività delle norme processuali penali, cfr. M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 480 ss.; O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, in G. UBERTIS-G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 232 ss.

dell'*an* e del *quomodo* della pena, quale *species* del più ampio principio di prevedibilità della decisione giudiziale¹³³.

Invero, il mutamento *in itinere* del contenuto della sanzione, traducendosi nel passaggio “a sorpresa” da una misura extramuraria ad una pena detentiva, priva il soggetto condannato del diritto di conoscere, prima di agire, le conseguenze derivanti dalla propria condotta e di predisporre, nel corso del processo, la strategia difensiva più adeguata alla portata del computo di pena che effettivamente verrà espiata. Può accadere, ad esempio, che l'imputato abbia ritenuto di non attivare, nel corso del dibattimento, le condotte di ravvedimento operoso oppure abbia preferito optare per un rito alternativo, declinando (patteggiamento) o affievolendo (rito abbreviato) il proprio diritto di difesa, nel ragionevole convincimento di poter beneficiare di un quadro normativo favorevole alla concessione di una misura alternativa alla detenzione¹³⁴. Convincimento travolto, però, dall'immediata vigenza della modifica *in peius* dell'art. 4-*bis* ord. penit.

Una coraggiosa apertura verso un approccio sostanzialistico alle norme di matrice penitenziaria proviene da una recente sentenza dei giudici di legittimità, sollecitati dalla difesa a promuovere un incidente di costituzionalità dell'art. 6, comma 1, lett. b), legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui non prevede un regime intertemporale¹³⁵. Ritenuta la questione irrilevante con riferimento all'oggetto di ricorso¹³⁶, la Corte di cassazione si è pronunciata, tuttavia, a favore della non ma-

¹³³ Per un approfondito esame del principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, si veda F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 213 ss., la cui massima estensione logica implica la prevedibilità, non solo della illiceità della condotta e della sua rilevanza penale, ma, altresì, delle conseguenze sanzionatorie, che ricomprende la prevedibilità delle «condizioni alle quali il condannato potrà eventualmente accedere a meccanismi di sospensione del processo o della pena, nonché a sanzioni o misure alternative».

¹³⁴ Sulle ripercussioni che la retroattività della disciplina provoca sui principi di certezza del diritto e di affidamento, si rinvia alle considerazioni di G.D. CAIAZZA, *Spazzacorrotti: un Dna segnato dal giustizialismo*, cit., p. 11; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 116, i quali ravvisano nella modifica peggiorativa retroattiva un *vulnus* alla possibilità di ponderare scelte difensive anche in ordine all'*iter* processuale da seguire.

¹³⁵ V. Cass., Sez. I, 14 marzo 2019, n. 12541, Ferraresi, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2019, con commento di G.L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*. Nel replicare alla richiesta difensiva di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, lett. b), legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione tra quelli “ostativi” ai sensi dell'art. 4-*bis* legge 26 luglio 1975, n. 354, prende posizione sulla natura delle norme penitenziarie e, in particolare, sull'applicazione o meno, alle misure alternative, del principio *tempus regit actum*.

¹³⁶ La Corte di cassazione esclude, infatti, la rilevanza delle questioni sollevate perché afferente non alla sentenza di patteggiamento oggetto del ricorso presentato, ma dell'esecuzione della pena applicata con la stessa sentenza: «i delineati profili di incostituzionalità pertengono, a ben vedere, non al patto stipulato fra le parti e ratificato dal giudice, né alla pena applicata su richiesta – di per sé validi e “indifferenti” alla novella normativa del 2019 –, bensì alla mera esecuzione della sanzione, incidendo,

nifesta infondatezza della «prospettazione difensiva secondo la quale l'aver il legislatore cambiato *in itinere* le “carte in tavola”, senza prevedere alcuna norma transitoria, presenta tratti di dubbia conformità con l'art. 7 Cedu e, quindi, con l'art. 117 Cost.»¹³⁷. Si configura, in linea con la lettura convenzionalmente orientata *in subiecta materia*, un mutamento imprevedibile e indipendente dalla sfera di controllo del soggetto interessato, traducendosi, di fatto, nel passaggio “a sorpresa” «dallo star “fuori” a “dentro” il carcere»¹³⁸.

E il pregiudizio in capo al soggetto condannato prima dell'entrata in vigore della novella risulta ancora più manifesto qualora si consideri che l'operatività della disciplina sfavorevole potrebbe dipendere da fattori del tutto occasionali, ovvero dal fatto di essere stato raggiunto dall'ordine di esecuzione o valutato dagli organi di sorveglianza in data successiva al 31 gennaio 2019 a causa, ad esempio, di un ritardo accumulato dagli uffici giudiziari¹³⁹.

Accade sovente, infatti, nella prassi che tra l'irrevocabilità della sentenza di condanna e l'effettiva attivazione degli adempimenti esecutivi possa trascorrere anche un considerevole lasso di tempo, in ragione del disforme carico di lavoro dei Tribunali di sorveglianza sul territorio nazionale o, ancora, del ritardo addebitabile al pubblico ministero nella lavorazione del fascicolo. Ciò finirebbe, all'evidenza, per provocare un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti di soggetti che, condannati per i medesimi reati, abbiano o meno intrapreso un percorso risocializzante a seconda della maggiore o minore solerzia dell'organo di esecuzione e, quindi, indipendentemente da qualsiasi coefficiente di meritevolezza¹⁴⁰.

come si è già detto, sulla sospensibilità, *rectius* non sospensibilità, dell'ordine di esecuzione», così, Cass., Sez. I, 14 marzo 2019, n. 12541, cit., p. 9.

¹³⁷ Così, Cass., Sez. I, 14 marzo 2019, n. 12541, cit., p. 8.

¹³⁸ Così, G.L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*.

¹³⁹ Evidenziano l'irragionevolezza di far dipendere l'operatività delle modifiche “peggiorative” da aspetti meramente occasionali, quale il ritardo addebitabile agli uffici giudiziari, V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 117; V. ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, cit., p. 4. In senso analogo, la Direttiva orientativa diramata l'11 marzo 2019 dalla Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Reggio Calabria, osserva come le perplessità *in subiecta materia* siano amplificate proprio dal fatto che l'oscillazione dell'intervallo cronologico dipende il più delle volte da fattori indipendenti dalla volontà del condannato.

¹⁴⁰ In particolare, Corte di Appello di Catania, Sez. II pen., 22 marzo 2019, in *Giur. pen. web*, 2019, p. 2, paventa il rischio di un'ingiustificata disparità di trattamento nel caso di una sentenza cumulativa passata in giudicato prima del 31 gennaio 2019, rispetto alla quale il pubblico ministero, se avesse emesso l'ordine di esecuzione nei confronti di taluno dei condannati per uno dei delitti contro la pubblica amministrazione divenuti ostativi per effetto della novella introdotta con la legge n. 3 del 2019 prima del 31 gennaio, avrebbe dovuto sospendere l'ordine di carcerazione ex art. 656 comma 5, mentre per altri condannati nella medesima situazione l'ordine di esecuzione emesso dopo il 31 gennaio avrebbe dovuto comprendere l'ordine di carcerazione non essendo più possibile la sospensione ex art. 656 comma 5, in relazione al comma 9 lett. a).

Alla luce, pertanto, dei plurimi “effetti collaterali” provocati dalla richiamata riforma sui principi cardine del sistema penale (irretroattività, affidamento, diritto di difesa, uguaglianza e finalizzazione rieducativa della pena), non stupisce che, nell’arco di poche settimane, si siano moltiplicate le questioni di legittimità costituzionale¹⁴¹, sollevate in relazione all’inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione tra i delitti “ostativi” alla concessione dei benefici penitenziari e, in particolare, in relazione all’omessa previsione di un regime intertemporale¹⁴².

Nonostante sia «un problema “ad esaurimento”»¹⁴³, l’operatività retroattiva del *novum* legislativo pone sul tappeto una serie di questioni di intuibile rilevanza na-

¹⁴¹ Cfr., *ex plurimis*, Corte d’Appello di Lecce, ord., 4 aprile 2019; Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord., 2 aprile 2019, con commento di G.L. GATTA, *Estensione del regime ex art. 4-bis o.p. ai delitti contro la p.a.: sollevate due prime questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2019, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della legge 9 gennaio 2019, n. 3, per le modifiche apportate al regime di esecuzione delle pene detentive. Da ultimo, il Tribunale di sorveglianza di Venezia, con ordinanza del 2 aprile 2019, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art 4-bis ord. penit. come modificato dall’art 1, comma 6, lett. b) della legge 9 gennaio 2019, n.3, nella parte in cui tale norma si applica anche ai reati contro la P.A. commessi anteriormente all’entrata in vigore della predetta legge. Il Tribunale ha ritenuto tale soluzione applicativa (corollario del principio secondo cui le norme che disciplinano le condizioni per l’accesso alle misure alternative non appartengono alla categoria delle norme sostanziali) in contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2, 27 comma 3, 117 Cost. quest’ultimo in relazione all’art 7 Cedu. Per un primo commento a tale pronuncia, si rinvia a V. MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione “sostanziale” delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge “spazza-corrotti”)*, in *Arch. pen.*, 2019, p. 1 ss.; F. MARTIN, *La legge 9 gennaio 2019, n. 3: la cd. “spazzacorrotti” sotto la scure della Corte Costituzionale?*, in *Giur. pen. web*, 2019, 5, p. 1 ss. Per una disamina articolata delle tre ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, L. BARON, *‘Spazzacorrotti’, art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, p. 157 ss.

¹⁴² Va detto che, contestualmente alle questioni di legittimità costituzionale, è andato formandosi un indirizzo giurisprudenziale che, senza adire la Consulta, ha bloccato l’efficacia degli ordini d’esecuzione (non ancora sospesi), emessi in relazione a fatti commessi prima dell’entrata in vigore della novella legislativa, promuovendo un’interpretazione costituzionalmente orientata. Sembra essere questa la posizione assunta dal Trib. Napoli, Sez. VII, (ord.) 28 febbraio 2019, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019, con commento di 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*. Il Tribunale, investito della questione relativa alla richiesta di revoca di un ordine di carcerazione già sospeso – dopo aver ribadito «il principio pressoché costantemente espresso dalla giurisprudenza di legittimità secondo il quale le disposizioni concernenti l’esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l’accertamento del reato e l’irrogazione della pena ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e non sono perciò assoggettabili alle regole dettate in materia di successione di leggi penali nel tempo dall’art. 2 c.p. e dall’art. 25 Cost.» – ha deciso, comunque di revocare l’ordine di carcerazione, ritenendo, secondo il principio del *tempus regit actum*, già esauriti gli effetti prodotti dall’emanazione del relativo provvedimento. Analogamente, Corte di Appello Catania, Sez. II, 22 marzo 2019, in *Giurisprudenza penale web*, la quale, in applicazione del principio del *tempus regit actum*, ha individuato nel passaggio in giudicato del provvedimento da eseguire, il momento in cui «si apre il rapporto processuale di esecuzione e si cristallizza il contesto normativo che definisce le modalità di esecuzione della pena»

¹⁴³ Così, L. BARON, *‘Spazzacorrotti’, art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, cit., p. 173.

zionale e sovranazionale, costituendo lo spunto per favorire un'apertura al dialogo tra le Corti in materia penitenziaria.

Non resta, allora, che auspicare un coraggioso intervento della Consulta che, in linea con gli approdi raggiunti dai giudici di Strasburgo, sia in grado di stimolare una profonda riflessione sulla natura del sistema sanzionatorio e, in particolare, sul regime delle preclusioni, secondo linee razionali che ne recuperino la coerenza e la compatibilità con l'individualizzazione del trattamento rieducativo.

Una presa di posizione sulla irragionevolezza della presunzione di pericolosità concernente gli autori dei delitti contro la pubblica amministrazione potrebbe rappresentare, infatti, un forte segnale di fiducia verso una maggiore valorizzazione delle istanze di individualizzazione e flessibilità del trattamento. Il che consentirebbe di riannodare il filo spezzato del dibattito sorto sulla soppressione di ogni automatismo preclusivo nell'ordinamento penitenziario¹⁴⁴, rivitalizzando il «binario morto»¹⁴⁵ su cui si erano arrestate le proposte di riforma avanzate dagli Stati generali dell'esecuzione penale¹⁴⁶.

GIULIA FIORELLI

¹⁴⁴ L'estensione del perimetro applicativo dell'art. 4-*bis* ord. penit. ha, senza dubbio, segnato il definitivo abbandono delle linee di tendenza, maturate nel corso della riforma penitenziaria ed espresse dal criterio di delega legislativa, di cui al comma 85, lett. e) della legge n. 103 del 2017, finalizzate all'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 che personali del condannato». Sul punto contenuto nella delega alla legge 23 giugno 2017 n. 103, cfr., tra i tanti commenti, P. CORVI, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G.M. BACCARI-C. BONZANO-K. LA REGINA-E.M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, Padova, 2017, p. 587 ss.; F. FIORENTIN, *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria*, in T. BENE-A. MARANDOLA (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 415 ss.; D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *www.rivistaic.it*; A. FURGIUELE, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 325 ss. Ripercorre, da ultimo, l'evoluzione normativa della riforma dell'ordinamento penitenziario, G. TABASCO, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, Ius, Pisa, 2018.

¹⁴⁵ Così, M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, cit., p. 1362. Sul mancato esercizio della delega in relazione all'eliminazione delle preclusioni e degli automatismi, cfr. L. CESARIS, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giur. pen., web*.

¹⁴⁶ Per il dibattito svolto nel corso degli Stati Generali sull'esecuzione penale, si rinvia a G. GIOSTRA-P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017.

€ 40,00

