

# **Antologia**



GIANFRANCO MARTIELLO

LA COLLABORAZIONE DEL “TERRORISTA” E DEL “MAFIOSO”  
E L’INFLUENZA SULLA MISURA E SULLE MODALITÀ ESECUTIVE  
DELLA PENA

SOMMARIO: 1. La “collaborazione premiata” in materia di terrorismo interno e di criminalità organizzata: il versante processuale e quello penitenziario. – 2. Dalla tutela reintegratoria *post crimen patratum* del bene giuridico alle forme di collaborazione processuale con la giustizia. – 3. Collaborazione e mancata collaborazione: il sistema delle così dette «ostatività penitenziarie». – 4. Un primo bilancio della “manovra a tenaglia” contro mafia e terrorismo interno: il *leitmotiv* efficientista e le obiezioni contrapposte. – 5. Logica punitiva, logica del mancato premio e diritto penale del “nemico irredimibile”.

1. *La “collaborazione premiata” in materia di terrorismo interno e di criminalità organizzata: il versante processuale e quello penitenziario*

Come noto, è a partire dalla metà degli anni settanta del secolo scorso che, nel tentativo di fronteggiare più efficacemente le forme associative maggiormente pericolose di terrorismo politico, che proprio allora si andavano diffondendo, il legislatore ha cominciato ad introdurre nel sistema penale i primi provvedimenti che utilizzavano, “ricompensandola” con sgravi di pena, la disponibilità del reo alla collaborazione utile a scardinare la compagine delle associazioni criminali che di tali illeciti si erano rese responsabili. In tale prospettiva, il riferimento è anzitutto al paradigma espresso dalla l. 30 dicembre 1980, n. 894, che, nel modificare ulteriormente – dopo quanto già aveva fatto il d.l. n. 59/1978 – l’art. 630 c.p., vi aggiunse un inedito comma 5, il quale riconosceva un significativo abbattimento di pena a quel «concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera [...] per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l’individuazione o la cattura dei concorrenti»: previsione, questa, che nell’esprimere una valida alternativa al mero inasprimento delle pene, mirava evidentemente «ad indebolire dal suo interno la compagine dell’accordo criminoso, ingenerando nei compartecipi la tentazione della delazione ed il sospetto di quel-

la altrui»<sup>1</sup>. Su queste iniziali basi, si è poi nel tempo sviluppata una copiosa legislazione che, nell'intento di rendere sempre più incisivo il contrasto al terrorismo interno, prima, ed alla criminalità mafiosa, poi, ha agito progressivamente in due sinergiche direzioni: in un senso, ampliando e differenziando le figure di collaborazione in senso proprio, vero fulcro della più ampia strategia di incoraggiamento alla "collaborazione premiale" di fatto strisciante nel sistema<sup>2</sup>; in un altro senso, ricorrendo alla c.d. «tecnica dell'ostatività» all'accesso a determinati benefici penitenziari, inizialmente proiettata verso scopi eminentemente preventivi, e poi intesa a "sollecitare" – se così si può eufemisticamente dire – la collaborazione del detenuto, della quale l'autorità inquirente aveva cominciato ad intuire le notevoli potenzialità disgregatrici delle consorterie malavitose.

Naturalmente, non si intende qui ripercorrere il cammino intrapreso da tale legislazione, peraltro dimostratosi né breve e né rettilineo<sup>3</sup>. L'obbiettivo è invece quello di mettere a fuoco i diversi "modelli" di incentivo alla collaborazione che l'ordinamento ha nel tempo abbozzato per fronteggiare principalmente – ma, come noto, non certo esclusivamente<sup>4</sup> – il fenomeno mafioso e quello del terrorismo interno, distinguendo tra i due principali versanti della "manovra a tenaglia" di fatto compiuta dal legislatore per incentivare abiure e collaborazioni: quello che potremmo definire come versante «processuale», e quello più propriamente «penitenziario».

<sup>1</sup> In questi termini, v. GIUNTA, *Il sequestro di persona nelle recenti innovazioni legislative*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 234.

<sup>2</sup> Precisa infatti ORLANDI, *Collaborazioni premiate nell'esperienza italiana*, in *Giust. pen.*, 2019, III, pp. 246 s., che tale espressione, che non definisce propriamente una categoria giuridica ma di uso comune, comprenderebbe tre ordini di situazioni: l'utilizzo delle attenuanti generiche, l'uso del patteggiamento in funzione di stimolo alla collaborazione con l'accusa, e la collaborazione giudiziaria in senso stretto.

<sup>3</sup> Per l'evoluzione storica di tali provvedimenti, v., in materia di terrorismo, BERARDI, *Le sanzioni «premiali» nel diritto penale: «dissociazione», «collaborazione» e loro effetti*, in Aa.Vv., *Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, a cura di RONCO, Bologna, 2006, pp. 454 s.; AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)*, in Aa.Vv., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, a cura di MAIELLO, Torino, 2015, pp. 197 s.; MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del "doppio binario" e prassi applicative*, Milano, 2020, pp. 11 s. e 148 s.; e, in materia di criminalità mafiosa, per tutti, CICONTE, *Storia ed evoluzione dei provvedimenti antimafia*, in Aa.Vv., *La legislazione antimafia*, diretto da MEZZETTI, LUPÁRIA DONATI, Bologna, 2020, pp. 3 s.

<sup>4</sup> Per un'ampia rassegna delle fattispecie premiali utilizzate dal legislatore per contrastare associazioni criminali «qualificate», ma anche altri fenomeni criminosi, basti il riferimento a BERARDI, *Le sanzioni*, cit., 481 s. e ad AMARELLI, *L'attenuante*, cit., pp. 200 s.

## 2. Dalla tutela reintegratoria post crimen patratum del bene giuridico alle forme di collaborazione processuale con la giustizia

La "logica del premio", che porta al riconoscimento di una attenuazione – o addirittura della stessa elisione – della responsabilità penale a fronte di condotte *post crimen patratum* ritenute particolarmente meritevoli dal legislatore non costituisce certo una novità.

Nondimeno, il codice Rocco aveva mostrato una certa diffidenza verso il sinalagma premiale, traducendone in pratica normativa soltanto una specifica e restrittiva forma, ossia quella funzionale alla salvaguardia *post factum* del bene giuridico mediante la sua tendenziale reintegrazione, piuttosto che svilupparne le ulteriori potenzialità in termini – si potrebbe genericamente dire – di vantaggi per l'amministrazione della giustizia. Ed invero, le cause sopravvenute di non punibilità e le attenuanti connesse alla condotta *post factum* del reo originariamente previste dal codice agiscono sul piano dell'offesa, tendendo alla sua reintegrazione o attenuazione, e quindi «ruotano intorno all'idea del diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici». E ciò in quanto «la disposizione "premiabile" svolge la stessa funzione della norma incriminatrice violata, perché tende ad assicurare la protezione efficace del medesimo interesse, pur nella forma consentanea alla situazione determinata dalla condotta illecita», in questo modo «resta[ndo] strettamente connessa alla logica della dissuasione originaria»<sup>5</sup>. In siffatta prospettiva, si pensi, ad esempio, alla desistenza ed al recesso attivo dal delitto tentato o alla circostanza dell'art. 62, n. 6, c.p., che escludono o attenuano la punibilità evidentemente seguendo la predetta logica della "continuità di tutela" del bene giuridico, così come alla clausola estintiva dell'art. 641, comma 2, c.p., a quelle degli artt. 308, comma 1, 309, comma 1, 385, ultimo comma, 376 c.p., ecc. Anzi, a ben vedere, si è detto, in tali casi «parlare di ragioni di scambio, di "premi" a fronte di "corrispettivi" non ha senso, perché ragioni di scambio, in effetti, non si profilano affatto»<sup>6</sup>.

A tale paradigma ubbidiva ancora, in effetti, l'art. 6 della l. n. 497/1974 (c.d. «legge Bartolomei»), che dotò l'art. 630 c.p. di un inedito comma 4, il quale che

<sup>5</sup> In questi termini, v. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 406-407 (ma già in precedenza, e più ampiamente, in *La soave inquisizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 532 s.). Cfr. inoltre ugualmente GIANTURCO, *Dei meriti e delle ricompense: variazioni sul tema della giustizia penale*, in *Riv. pen.*, 1968, pp. 242 s.; GIUNTA, *Il sequestro*, cit., pp. 262 s.; FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, pp. 68 s., 179 s.; PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, pp. 4 s.; FIORE, *La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali*, in *Arch. pen.*, 1989, pp. 116 s., AMARELLI, *Prospettive evolutive della "non punibilità" tra tecniche da abbandonare e tecniche da valorizzare*, in *Quad. di scienze penalistiche*, 2005, pp. 251 s. e 279 s.

<sup>6</sup> Così, PADOVANI, *Il traffico*, cit., p. 411.

sottoponeva alle ben più miti pene dell'art. 605 c.p. colui che, avendo commesso o concorso a commettere il più grave delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, si fosse tuttavia poi «adopera[to] in modo che il soggetto passivo [avesse riacquistato] la libertà». Orbene, non è difficile scorgere in questo iniziale modello di collaborazione premiata una forte continuità rispetto al paradigma “tradizionale” della condotta *post factum* reintegratoria dell'offesa, con la quale condivideva la *ratio* della (continuità di) tutela del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, nonché l'attitudine a mantenere ancora ben visibile sullo sfondo l'esistenza di un legame, in termini proporzionali, tra disvalore del fatto ed entità della pena<sup>7</sup>.

Diverso, “per aggiunta”, risulta invece il modello premiale costruito dalla l. n. 191/1978, che, nell'introdurre all'art. 289-*bis* c.p. lo specifico delitto di «Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione», accordò un sostanzioso abbattimento di pena al concorrente che, «dissociandosi dagli altri», si fosse «adopera[to]» in modo da far riacquistare alla vittima la propria libertà (v. comma 4). Invero, ivi emerge come il riconoscimento dell'attenuante *de qua* risultasse subordinato al verificarsi di una duplice condizione: il compimento di una condotta idonea a determinare la liberazione dell'ostaggio, da un lato, e l'avvenuta dissociazione del reo, dall'altro<sup>8</sup>. Orbene, appare chiaro come, mentre la prima delle predette condizioni risulti inverata da un comportamento teso ad impedire che la lesione già in atto al bene giuridico si protragga ulteriormente nel tempo, il che fa ad esso vestire i tradizionali panni della condotta antagonista all'offesa arrecata, la seconda, invece, si collochi su di un piano diverso, eccentrico rispetto alla dimensione offensiva del fatto criminoso commesso. Ma non solo. È stato difatti ulteriormente osservato come la «dissociazione» risulti caratterizzata da una forte coloritura soggettivo-ideologica, poiché essa sottenderebbe fisiologicamente una sorta di “scelta di campo valoriale” che il dissociato sarebbe chiamato a compie-

<sup>7</sup> Sottolineano, perciò, la coerenza con le previsioni premiali del codice Rocco, FORTUNA, *Riflessioni sulla nuova legge contro la criminalità*, in *Giur. merito*, 1975, IV, p. 28; STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla «punibilità»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 417 s.; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III<sup>a</sup> ed., Padova, pp. 195 s.; RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 29.

<sup>8</sup> Secondo l'interpretazione prevalente, infatti, la dissociazione non sarebbe implicita nel comportamento operoso del reo, ma costituirebbe fatto a sé, che il giudice dovrebbe accertare nella sua dimensione soggettiva ed oggettiva: così, tra gli altri, v. MAZZANTI, *La l. 6 febbraio 1980, n. 15, contro il terrorismo*, in *Giust. pen.*, 1980, III, p. 237; PADOVANI, *Art. 4, legge 6/2/1980, n. 15*, in *Leg. pen.*, 1980, p. 56; CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo*, Milano, 1981, pp. 21 s.; GIUNTA, *Il sequestro*, cit., pp. 268 s.; PALAZZO, *La recente*, cit., p. 207. Per un più ampio quadro delle posizioni espresse sul punto in dottrina e giurisprudenza, v. comunque BERARDI, *Le sanzioni*, cit., pp. 464 s.

re<sup>9</sup>: nulla o poco a che vedere, perciò, con la dimensione lesiva del reato commesso e la reintegrazione *ex post* del bene giuridico attinto, ma, casomai, molto a che spartire con l'iniziale costruzione di un "diritto premiale d'autore", incentrato sulla contrapposizione tra "irriducibili" e "collaboranti"<sup>10</sup>.

È tuttavia con gli artt. 1, 4 e 5 del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito dalla l. n. 15/1980 (c.d. «legge Cossiga») – che nel duemiladiciotto verrà sostanzialmente riprodotto nei commi 3 e 5 dell'art. 270-*bis* c.p. – e con le successive leggi nn. 894/1980, già richiamata, 304/1982 (spec. art. 1), 34/1987 (spec. artt. 1 e 2), che il legislatore sembra definitivamente accomiarsi dal modello premiale imperniato sulla condotta antagonista rispetto all'offesa inflitta al bene giuridico. Ad esso, infatti, sembra sostituirsi una più ampia e multiforme strategia di incentivo alla collaborazione, poi replicata dal legislatore nel tentativo di scardinare, dall'interno, il fenomeno della criminalità organizzata.

Volendo astrarre da quanto previsto dalle leggi speciali in materia, risultano infine emergere tre figure di "collaborazione" distinte in ragione del diverso apporto fornito dal reo e quindi delle corrispondenti ricadute premiali, che vanno dal riconoscimento dell'impunità agli sgravi di pena<sup>11</sup>. Ovverosia: *a*) la figura della «dissociazione», che costituirà una sorta di "presupposto" delle altre, la quale, come accennato, richiederebbe al reo di rinnegare l'adesione originaria alla *societas sceleris* (elemento soggettivo) e di compiere comportamenti che possano rite-

<sup>9</sup> Per tale sottolineatura, v. PADOVANI, *Il traffico*, cit., p. 415; BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 453; STORTONI, *Premesse*, cit., p. 418; FLORA, *Il ravvedimento*, cit., p. 82; RESTA, *Il diritto penale premiale. "Nuove" strategie di controllo sociale*, in *Dei del. e delle pene*, 1983, n. 1, pp. 49 s. Tale connotazione soggettiva, peraltro, sembra essere stata confermata dall'art. 1 della l. n. 34/1987, che descriveva la dissociazione come il comportamento di chi «ha definitivamente abbandonato l'organizzazione o il movimento terroristico o eversivo cui ha appartenuto, tenendo congiuntamente le seguenti condotte: ammissione delle attività effettivamente svolte, comportamenti oggettivamente ed univocamente incompatibili con il permanere del vincolo associativo, ripudio della violenza come metodo di lotta politica»: in argomento, v. LAUDI, *La dissociazione dalla lotta armata: l'approdo legislativo per una complessa realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 276 s., nonché i contributi di CASELLI, *Considerazioni introduttive su dissociazione ed emergenza*, e dello stesso LAUDI, *Le condotte di dissociazione*, in *Aa.Vv.*, *La dissociazione dal terrorismo*, Milano, 1989, pp. 7 s. e 41 s.

<sup>10</sup> Tra coloro che colsero questa trasformazione della premialità, v. tra gli altri, PADOVANI, *La soave*, cit., pp. 536 s. (ed anche *Id.*, *Il traffico*, cit., pp. 411 e 415 s.); NUVOLONE, *Politica criminale e pentimento del reo*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 146; FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, n. 2, p. 216; MOSCONI, *Lo stereotipo del terrorista pentito*, in *Critica dir.*, 1982, pp. 73 s.; FLORA, *Il ravvedimento*, cit., pp. 78 s.; STORTONI, *Premesse*, cit., pp. 418 s.; MANNA, *La «dissociazione dal terrorismo» fra diritto penale oggettivo e soggettivo*, in *Ind. pen.*, 1985, pp. 205 s.; PULITANO, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 1006 s.; FIORE, *La condotta*, pp. 127 s., e retrospettivamente, per tutti, RUGA RIVA, *Il premio*, cit., pp. 369 s.

<sup>11</sup> Propongono siffatta tripartizione AMARELLI, *L'attenuante*, cit., pp. 206 s. e MANCA, *Regime*, cit., pp. 149 s.

nersi inequivocabilmente incompatibili con la permanenza del vincolo associativo (elemento oggettivo)<sup>12</sup>, come ad esempio potrebbe accadere – si è detto – ove il soggetto cessasse di prestare la propria opera di collaborazione nella consorzeria, si riappropriasse dei beni eventualmente dati in uso alla stessa, ammettesse le attività associative svolte, ripudiasse pubblicamente l'uso della violenza come metodo di lotta politica, invitasse altri alla dissociazione, ecc.<sup>13</sup>; *b*) la figura della «collaborazione processuale», la quale implica che, in costanza del vincolo associativo, il reo si adoperi sul campo in modo idoneo ad elidere le conseguenze del proprio comportamento, ad evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero ad impedire la commissione di reati connessi<sup>14</sup>; *c*) la figura, infine, della «collaborazione con la giustizia», che si risolve nella richiesta di condividere con l'autorità di polizia e con quella giudiziaria tutto il proprio bagaglio di conoscenze relativo all'organizzazione criminale di appartenenza, anche se non necessariamente rientrante nel *thema probandum* dello specifico processo penale a suo carico, in modo da fornire «prove decisive» per l'individuazione o la cattura degli altri membri della consorzeria criminale<sup>15</sup>.

Proprio la combinazione dei modelli *sub a*) e *sub c*) determina un profondo iato rispetto alla concezione tradizionale della collaborazione *post factum* remunerata dall'attenuazione di pena, la quale, come detto, abbinava il “premio” ad una condotta antagonista apprezzabile sul piano dell'offesa penale, e non già valutabile su quello interiore (del reo) ed “investigativo-processuale” dell'aiuto fornito successivamente all'apparato repressivo dello Stato. Ma è proprio tale paradigma della collaborazione premiata con la giustizia che, invece, il legislatore sostanzialmente replicò negli anni novanta del secolo scorso, allorquando si trovò a dovere contrastare con maggiore decisione una criminalità organizzata sempre più agguerrita<sup>16</sup>. Ed invero, l'art. 8 del d.l. n. 152/1991, che poi il d.lgs. n. 21/2018 trasferirà nel nuovo art. 416-*bis*.1, comma 3, c.p., introdusse una circostanza at-

<sup>12</sup> Per questa struttura oggettivo-soggettiva della dissociazione, che andrebbe perciò intesa in modo simmetricamente opposto alla «associazione», v. per tutti GIUNTA, *Il sequestro*, cit., 269 s. e RUGA RIVA, *Il premio*, cit., p. 31.

<sup>13</sup> Per tali esemplificazioni, v. FLORA, *Il ravvedimento*, p. 216; PALAZZO, *La recente*, cit., pp. 208 s.; RUGA RIVA, *Il premio*, cit., p. 32; nonché, sulla falsariga di quanto poi disposto dal ricordato art. 1 della l. n. 34/1987, LAUDI, *La dissociazione*, cit., pp. 283 s., 291 s. e 294 s.

<sup>14</sup> Al riguardo, riferendosi alle attenuanti degli artt. 4, l. n. 15/1980, e 2, l. n. 304/1982, v. PADOVANI, *Art. 4*, cit., pp. 56 s., MADDALENA, *Le circostanze attenuanti per i terroristi “pentiti”*, Milano, 1984, pp. 123 s. e RUGA RIVA, *Il premio*, cit., pp. 47 s.

<sup>15</sup> Con riferimento alle previsioni degli artt. 4, l. n. 15/1980, 3, l. n. 304/1982, e dell'art. unico della l. n. 894/1980, v. PULITANO, *Le misure del governo per l'ordine pubblico*, in *Dem. e dir.*, 1980, p. 26; PADOVANI, *Art. unico l. 30/12/1980, n. 894*, in *Leg. pen.*, 1981, pp. 172 s.; ID., *Art. 4*, cit., pp. 57 s.; MADDALENA, *Le circostanze*, cit., pp. 143 s.; RUGA RIVA, *Il premio*, cit., pp. 50 s.

<sup>16</sup> Di «ultimo anello di una catena “emergenziale”» parlava infatti icasticamente MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1995, p. 110.



tenuante per l'imputato che, commesso il delitto dell'art. 416-*bis* c.p. o avendone perpetrati altri avvalendosi del "metodo mafioso", «dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati», salvo in ogni caso la condizione – aggiunta dalla l. n. 45/2001 – che il soggetto avesse già sottoscritto il «verbale illustrativo dei contenuti» della sua collaborazione, inteso a garantire maggiore trasparenza e affidabilità delle dichiarazioni rese dal collaboratore<sup>17</sup>.

Infine, con gli artt. 9 s. del d.l. n. 8/1991, convertito dalla l. n. 82/1991 e poi significativamente modificato a partire dagli anni duemila, il legislatore ha ulteriormente sviluppato la linea politico-criminale di incentivo alla collaborazione con la giustizia. Da un lato, estendendo i benefici agli (*ex*) appartenenti a consorterie malavitose di varia natura (ad esempio anche terroristiche) e comunque agli autori di determinati reati, e dall'altro, se così si può dire, "istituzionalizzando" il fenomeno noto ai più – ma impropriamente – come «pentitismo»<sup>18</sup>, ossia strutturando normativamente i vari aspetti del rapporto di collaborazione con lo Stato per quanto attiene, ad esempio, le modalità di raccolta delle dichiarazioni, le loro necessarie caratteristiche in termini di attendibilità, completezza, novità ed importanza, le tempistiche del loro rilascio, le garanzie da riconoscere al collaboratore per la salvaguardia dell'incolumità personale sua e dei suoi familiari, e via dicendo<sup>19</sup>.

### 3. Collaborazione e mancata collaborazione: il sistema delle così dette «ostatività penitenziarie»

Come detto inizialmente, il secondo braccio della manovra a tenaglia operata

<sup>17</sup> V. per tutti, in questo senso, RUGGIERO, *Speciale programma di protezione ed affidabilità del "pentito"*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2512.

<sup>18</sup> Evidenziano, infatti, come la parola «pentito» sottintenda l'avvenuto compimento di un percorso interiore di distacco etico dalla subcultura mafiosa che non può essere preteso da uno Stato laico, BRICOLA, *Funzione*, cit., p. 452, NUVOLONE, *Politica*, cit., p. 144, nonché, da ultimo, RIVELLO, *La collaborazione con la giustizia*, in Aa.Vv., *La legislazione antimafia*, cit., pp. 1168 s.

<sup>19</sup> Sull'argomento, la letteratura è vastissima. V. per tutti, tra i contributi più recenti, MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in Aa.Vv., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, cit., pp. 263 s.; MOLLACE, *La collaborazione con la giustizia quale fattore di accesso "agevolato" ai benefici penitenziari*, in Aa.Vv., *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., spec. pp. 426 s.; NANULA, *La lotta alla mafia*, VI<sup>a</sup> ed., Milano, 2016, pp. 179 s.; ROBERTI, MAGLIOCCO, BARBERA, *Le armi dell'antimafia*, II<sup>a</sup> ed., Roma, 2018, pp. 116 s.; RIVELLO, *La collaborazione*, cit., pp. 1167 s.

dal legislatore per meglio contrastare la criminalità terroristica e quella organizzata si muove sul versante del diritto penitenziario, ed in particolare su quello delle cc.dd. «ostatività» alla fruizione di taluni benefici previsti in via generale dalla l.o.p. In sostanza, all'idea per la quale il bene deve essere ricompensato con il bene, viene sostituita quella secondo cui «chi non fa il bene (*id est*: chi non collabora) deve essere ulteriormente punito», laddove la “punizione” consiste non già in un aggravio di pena, bensì, appunto, nel mancato godimento dei benefici normalmente riconosciuti al detenuto o all'internato.

Proprio l'introduzione delle ostatività penitenziarie innescate dalla mancata collaborazione segnò inizialmente una significativa differenza tra il trattamento *in executivis* riservato al “mafioso” e quello applicato al “terrorista”. Ed inverso, da questo angolo visuale l'art. 15 del d.l. n. 306/1992, convertito dalla l. n. 356/1992, che tale linea strategica inaugurò, distinse nettamente:

(a) da un canto, i detenuti e gli internati «per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo nonché per i delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 630 c.p. [...]», i quali avrebbero potuto godere dell'assegnazione al lavoro esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione «solo nei casi in cui tali detenuti e internati [avessero collaborato] con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter*», con l'eccezione della collaborazione rivelatasi «oggettivamente irrilevante», purché fossero stati acquisiti (in positivo) «elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata», salvo naturalmente che il Procuratore nazionale o distrettuale antimafia avesse opposto la sussistenza della «attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» (v. art. 4-*bis*, primo periodo, l.o.p., nella versione modificata dal d.l. cit.). Come è poi a tutti oltremodo noto, per tali soggetti fu inoltre previsto, dalla richiamata l. n. 306/1992, un regime carcerario “quotidiano” assai restrittivo, originariamente collocato nel solo comma 2 dell'ormai celeberrimo art. 41-*bis* l.o.p.<sup>20</sup>;

(b), dall'altro, i detenuti e gli internati «per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale [...]», i quali, invece, avrebbero potuto godere dei benefici suddetti a prescindere dalla collaborazione

<sup>20</sup> Su tale regime detentivo la letteratura è sconfinata: basti qui allora il riferimento ad ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis O.P.*, in Aa.Vv., *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., pp. 349 s., a MAFFEO, *Il regime carcerario di rigore per i detenuti di criminalità organizzata*, in Aa.Vv., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, cit., pp. 269 s., a GALGANI, *L'art. 41 bis ord. penit.*, in Aa.Vv., *La legislazione antimafia*, cit., pp. 1094 s., nonché al confronto di opinioni tra Ardita e Pavarini ospitato su *Criminalia*, 2007, pp. 249 s. A livello monografico, v. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, *passim*.

prestata, ed all'unica condizione che (in negativo) «non vi [fossero] elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva» (v. art. 4-*bis*, terzo periodo, l.o.p., nella versione modificata dal d.l. cit.).

Un fattore di "riequilibrio" tra le due posizioni detentive in parola venne comunque previsto dall'art. 13-*ter* del d.l. n. 8/1991, introdotto dallo stesso d.l. n. 306/1992, che, nell'integrare la normativa sui «collaboratori di giustizia», alla quale si è accennato in precedenza, prevede che a beneficio di questi ultimi – fossero essi *ex* appartenenti ad associazioni terroristiche piuttosto che mafiose – il giudice competente avrebbe potuto comunque disporre la fruizione delle guarentigie penitenziarie in discorso «anche in deroga alle vigenti disposizioni».

Non interessa qui ripercorrere l'accidentato percorso che, nel corso degli anni, ha portato all'attuale veste assunta dalla normativa che disciplina il differenziato trattamento penitenziario del soggetto che, avendo fatto parte di associazioni terroristiche o mafiose, abbia deciso di collaborare (o di non collaborare) con la giustizia<sup>21</sup>. Premesso che oggi le differenze di tale regime esecutivo applicabile ai "mafiosi" ed ai "terroristi" sono praticamente nulle<sup>22</sup>, qui interessa soltanto evidenziare:

I) che, anzitutto, entrambi tali categorie di soggetti risultano rifluire nella c.d. «prima fascia» delle ostatività contemplata dall'art. 4-*bis*, primo periodo, l.o.p. Ne discende che tali detenuti od internati: da un canto, potranno usufruire del lavoro esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dalla l.o.p. solo alla condizione di avere collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* l.o.p., godendo anche, naturalmente, delle facilitazioni ivi previste; dall'altro, e conseguentemente, saranno sottoponibili al regime del c.d. «carcere duro» dell'art. 41-*bis* l.o.p., che il comma 2 di tale disposizione riserva proprio a questa prima fascia di preclusi. Al contrario, sebbene collaboranti, a tali soggetti risulta in ogni caso preclusa la detenzione domiciliare dell'art. 47-*ter* l.o.p.;

<sup>21</sup> Per la sua evoluzione ed attuale assetto, v. LO GIUDICE, *Limiti e condizioni di accesso ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in Aa.Vv., *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., pp. 367 s.; MAFFEO, *I benefici*, cit., pp. 241 s.; MANCA, *Regime*, cit., pp. 137 s.; PAVARINI, *Diritto penitenziario: breve viaggio nel labirinto delle preclusioni. Il filo di Arianna*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, pp. 1482 s.; SIRACUSANO, *Il «doppio binario» penitenziario*, in Aa.Vv., *La legislazione antimafia*, cit., pp. 1043 s.

<sup>22</sup> Occorre ricordare, difatti, che con la l. n. 279/2002 i trattamenti penitenziari dell'uno e dell'altra categoria di soggetti risultano accumulati all'interno della c.d. «prima fascia» delle ostatività penitenziarie previste dall'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, l.o.p., alla quale si applica, per diretta relazione introdotta dalla medesima legge, il "carcere duro" dell'art. 41-*bis*, comma 2 s., l.o.p.: sul punto, precipuamente, e per tutti, v. PETRINI, *L. 23.12.2002, n. 279*, in *Leg. pen.*, 2003, pp. 233 s. e 239 s.

II) che, al fine di modulare correttamente il sistema delle ostatività collegate alla mancata collaborazione al reale patrimonio conoscitivo dei soggetti, e quindi per non svantaggiare chi oggettivamente poco o nulla abbia da riferire, il sistema, implementato dagli interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, prevede poi la riconoscibilità dei benefici penitenziari anche nei casi nei quali, risultando «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva», la collaborazione risulti «inutile» od «oggettivamente irrilevante», «inesigibile» od «impossibile»;

III) che è sempre fatta salva la sopravvivenza di una sorta di «spiraglio rieducativo», consistente nella esclusione dal novero dei benefici ostabili della liberazione anticipata, alla quale perciò, ricorrendone i presupposti, i soggetti possono sempre accedere, il che, almeno nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto mettere al riparo il sistema delle preclusioni penitenziarie da eventuali censure di costituzionalità mosse ai sensi degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.<sup>23</sup> Si ritiene, inoltre, che il soggetto possa sempre accedere, ove ne ricorrano i presupposti, al differimento di pena degli artt. 146 ss. c.p., ai permessi di necessità dell'art. 30 l.o.p. ed alle misure extramurarie previste per i tossicodipendenti ed i malati di AIDS;

IV) che è infine confermato il peculiare regime – largamente aperto alla discrezionalità valutativa della magistratura di sorveglianza – della concessione della liberazione condizionale, dei permessi premio e della detenzione domiciliare previsto per il c.d. «collaboratore totale», ossia per colui che, in possesso dei requisiti previsti, abbia aderito al «programma di protezione» di cui al richiamato d.l. n. 8/1991. Sebbene, infatti, all'esito di un complesso procedimento che richiede l'acquisizione di più pareri, e sempre che «non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva», al giudice è consentito di adottare il provvedimento di ammissione a tali misure «anche in deroga alle vigenti disposizioni», così come di revocarlo (v. art. 16-*nonies* d.l. cit., come richiamato dall'art. 4-*bis*, comma 1, ult. periodo, l.o.p.).

<sup>23</sup> In effetti, Corte cost., 8.7.1993, n. 306, in *www.cortecostituzionale.it*, ebbe a precisare che «Anche se il divieto di concessione dei benefici penitenziari nei riguardi dei condannati per gravi reati [...] che non si trovano nelle condizioni di cui all'art. 58-*ter*, l. n. 354/1975 [...] ha comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena [...], l'aver mantenuto aperto, al contempo, la possibilità per tutti i detenuti che perseguono un programma di rieducazione, indipendentemente dalla mancanza di collaborazione con la giustizia, di avvalersi [...] della liberazione anticipata, esclude che possa ritenersi violato il principio della funzione rieducativa della pena».

#### 4. Un primo bilancio della "manovra a tenaglia" contro mafia e terrorismo interno: il leitmotiv efficientista e le obiezioni contrapposte

Sebbene l'efficacia della collaborazione premiata nello scompaginare anche le più compatte consorterie criminali sia da tutti riconosciuta, anche tra i suoi detrattori<sup>24</sup>, non poche sono state le voci che hanno segnalato le distorsioni che quanto meno la formula della "collaborazione con la giustizia" può creare in seno al diritto penale sostanziale e processuale. Il *cabier de doléances* risulta difatti esteso, contemplando esso questioni pratiche (come quelle legate al timore di innescare omicidi in danno di imputati ritenuti prossimi alla collaborazione, o a quello di indebite pressioni degli organi requirenti), ragioni di etica pubblica (come quella legata al pericolo di introdurre nel rapporto tra Istituzioni ed individuo «logiche contrattuali» estranee alla tradizione dello Stato di diritto) e controindicazioni di principio<sup>25</sup>. Tra queste ultime, in specie, degne di nota appaiono quelle legate al timore che forme di collaborazione con la giustizia sganciate dalla dimensione lesiva del reato commesso: *a*) alterassero il nesso di proporzione tra la pena ed il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto, dato che il sistema paradossalmente avvantaggia con maggiori benefici sanzionatori o con l'impunità chi avesse ricoperto i ruoli più importanti in seno all'associazione criminale, e quindi chi avesse potenzialmente commesso i reati più gravi, rispetto invece a chi, avendo rivestito una posizione marginale nella consorteria, poco avrebbe avuto da dichiarare, con il rischio, così, di punire più rigorosamente i secondi rispetto ai primi; *b*) obliterassero in sostanza la tensione rieducativa della pena, in base all'indimostrato assunto per cui collaborazione equivale a sicura rieducazione; *c*) indebolissero la prevenzione generale, sia perché esse appalesavano l'impotenza repressiva dello Stato se non ricorrendo ad "iniziative private" di collaborazione remunerata *extra ordinem*, sia perché l'irrogazione di una pena inadeguata per difetto rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto avrebbe finito per annihilare l'effetto dissuasivo di essa e la sua capacità di rafforzare la coscienza giuridico-morale dei consociati; *d*) capovolgessero il tradizionale rapporto di strumentalità tra processo e diritto penale, poiché sarebbe stata la norma sostanziale,

<sup>24</sup> Tra i tanti, v. GUIDETTI SERRA, *Il terrorista collaborante dal vero*, in *Belfagor*, 1981, p. 725; PULITANÒ, *Tecniche*, cit., p. 1019; FERRAJOLI, *Ravvedimento*, p. 209; MOSCONI, *Lo stereotipo*, cit., p. 83.

<sup>25</sup> Su tali aspetti problematici, v. BRICOLA, *Funzione*, cit., pp. 457 s.; NUVOLONE, *Politica*, cit., pp. 146 e 148; GUIDETTI SERRA, *Il terrorista*, cit., p. 726; FERRAJOLI, *Ravvedimento*, cit., pp. 214 s., 210 e 217, 218 s.; RESTA, *Il diritto*, cit., pp. 50 s.; MOSCONI, *Lo stereotipo*, cit., pp. 83 s.; FLORA, *Il ravvedimento*, cit., pp. 163 s.; STORTONI, *Premesse*, cit., p. 418; PADOVANI, *Il traffico*, cit., pp. 418 s. (ma anche ID., *La soave*, cit., p. 545); FIORE, *La condotta*, cit., pp. 128 s. e 132 s. e 140 s.; MOCCIA, *La perenne*, cit., pp. 112 s.; MOLLACE, *La collaborazione*, cit., p. 422; INSOLERA, GUERINI, *Diritto penale penale e criminalità organizzata*, II<sup>a</sup> ed., Torino, 2019, pp. 140 s.

invece, a piegarsi agli scopi della collaborazione processuale; e) segnassero un regresso inquisitorio delle forme processuali, poiché l'acquisizione della prova più importante si sarebbe risolta in un serrato *tête à tête* tra l'inquirente-inquisitore ed il collaboratore, dal quale la difesa sarebbe stata esclusa.

Sarà che almeno alle critiche di principio è stato risposto in modo evidentemente convincente<sup>26</sup>, tanto da fare dire che, «malgrado le rotture di venerandi criteri, [...] il diritto premiale [è] stato complessivamente accettato [...] come un modello di commisurazione della pena non incompatibile con i principi costituzionali»<sup>27</sup>, è un fatto che il sistema della collaborazione premiata con la giustizia introdotto negli anni settanta e consolidato negli anni novanta del secolo scorso ha retto sostanzialmente indenne al passare del tempo. Riprova ne sia che la Corte costituzionale, pur non mancando di pronunciarsi su singoli aspetti dello stesso, non è mai giunta ad accogliere quelle obiezioni di principio che l'avrebbero scardinato, giungendo più volte, casomai, ad estenderne la portata<sup>28</sup>.

Discorso diverso va fatto per il sistema delle ostatività penitenziarie innescate dalla mancata collaborazione, che, al contrario, è stato oggetto di un progressivo ridimensionamento da parte della più autorevole giurisprudenza, che sin da subito sembrò dubitare della "logica" sottesa al ripristinato custodialismo carcerario. Invero, l'implicazione – necessaria ed assoluta – riconosciuta dal legislatore tra collaborazione e cessata pericolosità (...e conseguita rieducazione), così come quella inversa tra mancata collaborazione e pericolosità sociale (...ed inconseguibile rieducazione), apparve a molti non del tutto convincente, se non addirittura mistificatoria, come la stessa Consulta segnalò incidentalmente *ab imis*<sup>29</sup>. Per vero, non era difficile prevedere come la espresa subordinazione dell'accesso alle misure extramurarie non già – come la logica rieducativa suggerisce –

<sup>26</sup> Per una replica quanto meno agli argomenti critici basati sulle funzioni della pena, v. PULITANÒ, *Tecniche*, cit., pp. 1014 s., 1021 s. e 1032 s.

<sup>27</sup> Così, v. ancora PULITANÒ, *Tecniche*, cit., p. 1020.

<sup>28</sup> Cfr. ad esempio Corte cost., 16.5.1984, n. 143, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1409, con note di VIGNALE e di SEMINARA, che estese l'attenuante dell'art. 630, comma 4, c.p. al soggetto che non si fosse dissociato dagli altri, nei casi dell'unico agente che receda dal proposito criminoso e dell'unanime decisione di tutti i concorrenti di abbandonare l'originario disegno criminoso, nonché Id., 13.7.1989, n. 396, in *Giust. pen.*, 1990, I, 16, che rimosse il divieto di applicare il cumulo di pene particolarmente favorevole previsto dalla l. n. 34/1987 ai "vecchi pentiti", che avevano beneficiato di una diminuzione di pena per concreti comportamenti di dissociazione dal terrorismo, evitando che esso venisse ingiustificatamente riconosciuto soltanto ai "nuovi pentiti", che si erano invece limitati a dissociarsi dal terrorismo.

<sup>29</sup> Cfr. Corte cost., 8.7.1993, n. 306, cit., che espressamente precisò che «il requisito della collaborazione con la giustizia è solo uno strumento di politica criminale (e non indice di colpevolezza o criterio di individualizzazione del trattamento penitenziario), la sua mancanza non può essere assunta come indice univoco di mantenimento di legami con la criminalità organizzata e quindi come indice di pericolosità specifica».

all'osservazione del condannato, alla sua progressione nel trattamento ed alla sua effettiva partecipazione all'opera di rieducazione, bensì ad una presunzione di cessata pericolosità basata su di un indice del tutto estrinseco come è quello della collaborazione (di fatto imposta?) con la giustizia, che persegue ben altri fini rispetto a quello del recupero sociale del condannato, non potesse non sollevare più di un dubbio di legittimità costituzionale<sup>30</sup>. Da qui, un lungo stillicidio di pronunce rese dal giudice delle leggi, che negli anni, pur con qualche riflusso, ha cercato di attenuare la rigidità degli automatismi preclusivi: sistema, questo, che impedisce al giudice di valutare duttilmente, in base ai progressi raggiunti dal trattamento *ad personam*, la reale meritevolezza del condannato a fruire dei benefici penitenziari e delle misure extracarcerarie, con grave pregiudizio per la stessa natura progressivo-individualizzante del trattamento, e quindi per la sua efficacia rieducativa e le effettive possibilità di reinserimento sociale del detenuto<sup>31</sup>.

Ad oggi, due parrebbero i più avanzati approdi – presumibilmente non definitivi – ai quali il progressivo superamento giurisprudenziale del sistema delle preclusioni penitenziarie fondate sulla mancata collaborazione è giunto, traendo occasione dalla denunciata incostituzionalità ed anticonvenzionalità del c.d. «ergastolo ostativo»<sup>32</sup>. Il primo è rappresentato da quella recentissima pronuncia con la quale la Consulta ha censurato, per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., l'art. 4-*bis*, comma 1, l.o.p. nella parte in cui esso preclude *iuris et de iure* – e non *iuris tantum* – al condannato per i reati ivi contemplati l'accesso ai permessi-premio dell'art. 30-*ter* l.o.p. in assenza di collaborazione con la giustizia<sup>33</sup>. In tale occasione, difatti, i giudici delle leggi hanno censurato il fatto che, tra la mancata collaborazione e la persistenza dei legami con l'associazione malavitoso, e quindi la pericolosità sociale del detenuto, il legislatore avesse posto una presunzione «assoluta, [che] non può essere superata da altro, se non dalla collaborazione

<sup>30</sup> Per un quadro delle perplessità di legittimità costituzionale di tale sistema a «doppio binario» penitenziario espresse in dottrina, v. ad esempio GUAZZALOCA, *Profili*, cit., pp. 746 s. e 785 s.; RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.* 2005, pp. 142 s.; LO GIUDICE, *Limiti*, cit., pp. 381 s.; DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, Torino, 2018, pp. 63 s.; MANCA, *Regime*, cit., pp. 6 s.; SIRACUSANO, *Il «doppio binario»*, cit., pp. 1054 s., 1075 s. ed *ivi* ulteriori riferimenti.

<sup>31</sup> Per una documentata rassegna degli interventi della Corte costituzionale in materia, distinti in base all'istituto premiale interessato, v. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in Aa.Vv., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, pp. 143 s. e PAVARINI, *Diritto*, cit., pp. 1484 s.

<sup>32</sup> Sulla legittimità di tale forma di ergastolo, del resto, la nostra dottrina discuteva, giungendo il più delle volte ad un giudizio negativo: al riguardo, sia sufficiente il riferimento alla tavola rotonda dal titolo «Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito», ospitata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1495 s.

<sup>33</sup> Cfr. infatti Corte cost., 22.10.2019, n. 253, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1005, con nota di FIORENTIN, ed in *Riv. pen.*, 2020, pp. 5 s., con nota di MUSACCHIO e DI TULLIO.

stessa», e ciò rilevando: in primo luogo, che «alla stregua dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità della pena e della sua tendenziale funzione rieducativa, un conto è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presti una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto *iuris et de iure* quale persona radicata nel crimine organizzato e perciò socialmente pericolosa»; in secondo luogo, che «la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario (la mancata collaborazione) non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento o "emenda"»; in terzo luogo, che è «criterio costituzionalmente vincolante quello che richiede una valutazione individualizzata e caso per caso nella materia dei benefici penitenziari [...]», di talché «Ove non sia consentito il ricorso a criteri individualizzanti, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo [...], in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena», considerato che «La presunzione assoluta in esame impedisce proprio tale verifica secondo criteri individualizzanti, non consentendo nemmeno [...] di valutare le ragioni che hanno indotto il detenuto a mantenere il silenzio»; in quarto ed ultimo luogo, che un tale sistema «opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter l.op. [...], che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto», posto che in fase di esecuzione quest'ultima finisce in pratica per «trasforma[rsi] – quale condizione per consentire al detenuto il possibile accesso all'ordinario regime dei benefici penitenziari – in un gravoso onere di collaborazione che non solo richiede la denuncia a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*), ma rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati».

Il secondo approdo è costituito dalla decisione resa sul c.d. «caso Viola», che è costato all'Italia la condanna da parte della Corte EDU sempre in materia di preclusioni penitenziarie applicabile agli ergastolani ostativi. In questo caso, però, la incompatibilità (convenzionale) venne riferita al divieto di concessione della liberazione condizionale in difetto della collaborazione prevista dall'art 58-ter l.o.p., che avrebbe reso l'ergastolo irrogato al ricorrente misura di fatto perpetua, e quindi valutabile come «pena inumana o degradante» ai sensi dell'art. 3 CEDU<sup>34</sup>. Largamente coincidenti con quelli della Consulta, tuttavia, risultano gli argomenti utilizzati dai giudici di Strasburgo, che parimenti rilevarono: che «il

<sup>34</sup> Cfr. Corte EDU, Sez. I, 13.6.2019, n. 77633/16, *Viola vs Italia* (n. 2), spec. § 110 s., consultabile sul sito istituzionale [www.budoc.echr](http://www.budoc.echr), con annessa opinione dissenziente del giudice Wojtyczek. Su tale pronuncia, v. per tutti, tra i penalisti, DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 925 s.



principio della "dignità umana" impedisce di privare una persona della libertà, senza lavorare allo stesso tempo al suo reinserimento e senza fornire allo stessa la possibilità di riconquistare un giorno questa libertà», dovendo le autorità nazionali «fornire ai detenuti condannati all'ergastolo una possibilità reale di reinserimento»; che occorre ragionevolmente «dubita[re] dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato», potendo ben verificarsi sia «la situazione dove il condannato collabora con le autorità, senza che tuttavia il suo comportamento rifletta un cambiamento da parte sua o una "dissociazione" effettiva dall'ambiente criminale, in quanto l'interessato potrebbe agire con l'unico proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge», sia quella in cui «la "dissociazione" con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia»; che «l'assenza della "collaborazione con la giustizia" determini una presunzione assoluta di pericolosità, che ha per effetto quello di privare il ricorrente di ogni prospettiva realistica di liberazione [...] qualsiasi cosa faccia in carcere», il che «impedisce *de facto* al giudice competente di esaminare la domanda di liberazione condizionale e di considerare se, nel corso dell'esecuzione della pena, il ricorrente è evoluto e progredito così tanto nel percorso di cambiamento, che il mantenimento in detenzione non si giustifica più per motivi di ordine penologico».

##### 5. *Logica punitiva, logica del mancato premio e diritto penale del "nemico irredimibile"*

Scrivendo Pietro Nuvolone – e non a caso durante la fase dell'emergenza terroristica – che «per essere efficace» la politica criminale anzitutto «non deve basarsi [...] su spinte emotive o irrazionali di carattere occasionale», che del resto aumentano il rischio di alimentare una «legislazione pendolare priva di un punto centrale di orientamento»<sup>35</sup>. Certo, non può affermarsi che, oggi, il fenomeno terroristico sia stato estirpato, ma casomai che esso si è fatto più episodico ed ha mutato matrice, così come non può dirsi che la criminalità mafiosa sia stata debellata, ma tutt'al più che essa si è fatta sotterranea e sfuggente, meno incline ad un uso plateale della violenza, ma nulla di più. È però altrettanto vero che, rispetto alla manifestazione di tali fenomeni, la fase corrente non può fortunatamente più definirsi come "emergenziale", il che rende forse possibile riflettere in modo un poco più distaccato sugli strumenti che l'ordinamento ha elaborato per fronteggiarli.

<sup>35</sup> Così, NUVOLONE, *Politica*, cit., p. 143.

Posto che, come tipicamente accade in seno al diritto penale, la sfida rimane pur sempre quella di mediare ragionevolmente tra *favor societatis* e *favor libertatis*, nello specifico campo del contrasto al terrorismo interno ed alla criminalità organizzata il pericolo maggiore che si avverte è quello della costruzione di un diritto penale d'autore, che risulti sbilanciato in senso repressivo. Non è un caso, difatti, che pure di recente la dottrina continui a biasimare i provvedimenti di maggiore rigore ritagliati, nei fatti, sulla figura del "mafioso" e del "terrorista", denunciando l'edificazione di un sottosistema ispirato alla logica del «diritto penale del nemico»<sup>36</sup>, dal quale si pretende viepiù un pentimento attuoso.

A tale riguardo, va ribadito come nessun delinquente debba mai essere considerato alla stregua di un irredimibile «*Gemeinschaftsfeind*», per quanto egli non abbia inteso aiutare lo Stato nella persecuzione dei suoi antichi sodali ma, in ipotesi, abbia voluto soltanto dissociarsi da essi, o neanche quello. Ciò dovrebbe far riflettere almeno sugli attuali livelli di pena e sulle modalità esecutive di essa che riguardano chi "soltanto" abbia aderito a determinate consorterie malavitose, magari senza neanche poi avere commesso dei reati-fine, e non abbia in seguito abiurato, portando così a chiedersi se il *quantum* ed il *quomodo* di un tale regime punitivo sia il frutto di una valutazione autenticamente ponderata tra le esigenze di proporzionalità repressiva e di rieducazione che animano il diritto penale, o se, piuttosto, esso non risulti in qualche modo alterato da una (pre-)visione socio-culturale stereotipata di certi fenomeni criminosi, che porta fatalmente all'identificazione di un nemico: appunto, di un "nemico della società". È quindi da salutare con favore il segnalato percorso intrapreso dalle più alte Corti teso ad eliminare ogni presunzione assoluta che impedisca al detenuto l'accesso proprio a quegli strumenti volti ad aumentarne le *chances* di risocializzazione, e quindi di futura restituzione alla società. Non solo, difatti, la scelta di non collaborare non parrebbe costituire indice così sicuro di un mancato ravvedimento tanto da porlo a base di una presunzione *iuris et de iure* di attuale irredimibilità, ma, di più, elevare la collaborazione del detenuto a fattore prognostico di segno contrario sembra sottintendere un'idea di rieducazione che non può sottacersi, sebbene essa non debba essere di per sé preclusa dalla logica per la quale «*der König liebt den Verrat, nicht den Verräter*». A ben vedere, difatti, considerare la collaborazione con la giustizia come presupposto per l'accesso agli strumenti di risocializzazione significa, in fondo, pretendere dal detenuto una sorta di "purificazione interiore", di emenda morale testimoniata da una scelta di campo diametralmente opposta rispetto a quella operata in passato; d'altra parte, e proprio perché siffatta cooperazione rappresenta la via di accesso ai benefici penitenziari, e la sua mancanza lo

<sup>36</sup> V. ad esempio DE SIMONE, *La sanzione*, cit., pp. 67 s. e KALICA, *La pena di morte viva*, Milano, 2019, pp. 51 s.

sbarramento, l'adesione al percorso rieducativo diventa un atto "fortemente indotto", per altro non dire, che ben difficilmente potrà interpretarsi come il frutto di una scelta autenticamente libera del detenuto. Ma, come è stato evidenziato, la «rieducazione» costituzionalmente intesa rifiuta ogni concezione vagamente moraleggiante della stessa, volta a "fabbricare" cittadini-modello che, a seguito di una catarsi, abbiano interiorizzato l'etica del bene, ritenendo invece che il percorso rieducativo proposto – e spontaneamente accettato dal detenuto – possa ritenersi concluso addirittura «anche quando il rispetto della legge [penale], per il futuro, risulti affidato soltanto al timore della pena»<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> In questi termini, v. DOLCINI, *La rieducazione*, cit., p. 473. Più in generale, sul concetto costituzionalmente "laico" di rieducazione, e sulle sue conseguenze in tema di spontaneità di adesione al trattamento proposto, v. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, pp. 93 s. e 153 s.; VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penit. e crim.*, 1982, nn. 3-4, pp. 437 s.; PRESUTTI, *Profili*, cit., pp. 29 s., che peraltro sottolinea espressamente, l'incompatibilità della logica della contrattazione o del premio in materia di trattamento penitenziario; MOCCIA, *La perenne*, cit., pp. 128 s.; GASTALDO, *La rieducazione*, cit., pp. 14 s.; RIPOLI, *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino, 2006, pp. 59 s.; MONGILLO, *Le finalità rieducative della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, pp. 173 s., nonché il volume collettaneo dal titolo *Sul problema della rieducazione del condannato (II° convegno di diritto penale - Bressanone 1963)*, Padova, 1964, *passim*. Nella manualistica, per una aggiornata visione del tema, v. per tutti, da ultimo, DE VERO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2020, pp. 177 s., ed in prospettiva storico-internazionale, CIAPPI, COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Roma, 1997, pp. 61 s.

