

ORIENTAMENTI

CATERINA SCACCIANOCE

Il diritto a non collaborare del condannato: una prospettiva sulla quale insistere a tutela della “libertà restituita”

Il presente studio intende proporre una lettura delle ostinate preclusioni all'accesso all'alternativa al carcere attraverso la formulazione di un paradigma che coniughi l'esigenza del recupero del condannato con il rispetto dei suoi diritti inviolabili: la “libertà restituita”. Si cercherà di dimostrare come dall'ampiezza dei contenuti e delle implicazioni sottese a tale concetto si possano trarre validi argomenti per porre le basi per il riconoscimento del diritto a non collaborare del condannato e, conseguentemente, per una ragionevole revisione della disciplina del sistema delle preclusioni penitenziarie *ex art. 4-bis ord. pen.*

The right of the convicted person not to cooperate: a perspective to insist on for protection of the “freedom returned”

*The present study intends to propose an interpretation of the stubborn preclusions to accessing the alternative to prison through the formulation of a paradigm that combines the need for the recovery of the convicted person with respect for his inviolable rights: “returned freedom”. We will try to demonstrate how valid arguments can be drawn from the breadth of contents and implications underlying this concept to lay the foundations for the recognition of the right of convicted persons not to collaborate with the judicial authority and consequently for a reasonable revision of the regulatory of the system of penitentiary preclusions *ex art. 4-bis, ord. pen.**

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. - 2. Il contesto esecutivo tra libertà e valori. - 3. L'incedere deflagrante degli automatismi. - 4. La posta in gioco dell'esecuzione penitenziaria: la “libertà restituita”. - 5. Sicurezza, sofferenza e dignità del detenuto: il punto di equilibrio a proposito di una pena umana. - 6. Libertà di autodeterminazione e libertà morale del detenuto. - 7. Autodifesa passiva del condannato, *nemo tenetur se detegere* e collaborazione premiata. - 8. *Le diverse forme di collaborazione del detenuto tra premi, incentivi, ricatti e castighi.* - 9. Il “tranello” ostativo: gli ultimi approdi di una storia di preclusioni e automatismi. - 10. Obblighi collaborativi vs. libertà di autodeterminazione: equazioni improprie e binomi di convenienza alla base del sacrificio del diritto al silenzio. - 11. Verso l'espansione del diritto al silenzio oltre il giudicato: il diritto a non collaborare del condannato (ostativo) a salvaguardia della “libertà restituita”.

1. *Rilievi introduttivi.* Il presente studio intende proporre una lettura delle ostinate preclusioni all'accesso all'alternativa al carcere, ree di stravolgere il volto costituzionale del sistema penale, attraverso la formulazione di un paradigma che coniughi la necessità del recupero del condannato con il rispetto dei suoi diritti inviolabili: la “libertà restituita”. Si proverà a dimostrare come dall'ampiezza dei contenuti e delle implicazioni sottese a tale concetto possano ricavarsi validi argomenti da cui muovere per porre le basi del riconosci-

mento in capo al condannato a pena detentiva del diritto a non collaborare con le autorità e conseguentemente della ragionevole rimozione del requisito della collaborazione dagli ingranaggi ostativi innescati dall'art. 4-*bis* ord. pen. Invocato quale pilastro dell'autodifesa in occasione del Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale svoltosi a Roma nell'ottobre del 2023¹, il diritto a non collaborare è stato a lungo confinato nel solcato delle dinamiche probatorie del rito penale. Non a caso, in quel contesto ricco di suggestioni la disamina si è incentrata prevalentemente entro il perimetro della cognizione, lasciando fuori il segmento non meno importante dell'esecuzione della pena, fase in cui notoriamente il potere punitivo si manifesta in concreto e nei modi più pervasivi.

Da qui l'idea di una riflessione che, prendendo atto dei recenti sviluppi evolutivi che hanno esteso l'operatività del diritto al silenzio a procedure accertative non penali grazie alla nozione dinamica di *matière pénale*², consideri una sua potenziale espansione anche oltre il giudicato, rintracciandone, quindi, possibili forme di tutela all'interno dell'ordinamento penitenziario che, come si sa, contempla numerosi obblighi collaborativi, variamente sanzionati, della cui conformità a Costituzione si continua ancora oggi a dubitare.

¹ Il riferimento è al XXXVII Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "Gian Domenico Pisapia" (Università "Luiss Guido Carli", Roma 19-21 ottobre 2023) intitolato "I due pilastri dell'autodifesa: diritto a non collaborare e manifestazioni del consenso".

² Ci si riferisce alla tutela multilivello del diritto al silenzio nel contesto del processo di assimilazione delle sanzioni amministrative "punitive" alle sanzioni penali (Corte Giust. UE, Grande Camera, 2 febbraio 2021, in D.B. c. Consob C-481/19; Corte cost. ord. n. 117 del 2019; Corte cost. n. 84 del 2021); alle estensioni dei Miranda *warnings* (Corte cost. n. 111 del 2023); alle modifiche dell'art. 314 c.p.p. in tema di riparazione per ingiusta detenzione. In dottrina, tra i tanti, v. ANDOLINA, *Dichiarazioni rese dinanzi ad autorità diverse da quella penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 1, 71 ss; BONZANO, *Matière Pénale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo o quasi*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1, 59 ss.; ID., *Un lustro di innovazioni: si rafforza la cultura del diritto al silenzio*, in *Arch. pen. web*, 2024, 1; GALANTINI, *Il diritto al silenzio: da Boomer a Generazione Alpha*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, 5, 1043 ss.; MANGIARACINA, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici ... e non solo*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 4, 729 ss. Per aperture nei processi tributari, GIOVANNINI, *Note sul diritto al silenzio in diritto tributario*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2 marzo 2022; e nei processi contro gli enti, DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture "osservanti" dei principi*, in *Arch. pen. web*, 2022, 1. Sulla valenza sostanziale del *nemo tenetur se detegere* e sulle sue recenti espansioni v. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, Torino, 2022.

Il diritto a non collaborare è, come è ben noto, una delle manifestazioni del noto brocardo *nemo tenetur se detegere*³, massima espressione garantistica della dialettica individuo-autorità. È pressoché indiscusso che, nelle realtà processuali a vocazione accusatoria, proprie delle moderne democrazie liberali, il diritto a non collaborare possa annoverarsi tra i diritti fondamentali della persona sottoposta a procedimento penale⁴, alla quale viene assicurato il diritto di scegliere liberamente se concorrere o meno alla ricostruzione dei fatti mediante il proprio contributo conoscitivo. Di conseguenza sarebbe in contrasto con tale prerogativa difensiva una disciplina che obbligasse l'imputato o l'indagato a parlare *contra se* e che lo sanzionasse per essersi avvalso della facoltà di tacere. Sullo sfondo il ripudio della delazione come mezzo per ottenere informazioni e l'affermazione della centralità della dignità e della libertà morale di ogni imputato⁵.

Sebbene il diritto al silenzio non abbia uno specifico referente normativo nella Carta fondamentale, esso trova radici solide nell'art. 24, co. 2 Cost.⁶, quale espressione del diritto di autodifesa passiva, sotto il profilo particolare della non collaborazione, e nell'art. 27, co. 2 Cost., da cui discende l'onere a carico

³ È stato sottolineato (AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 412) che nel *nemo tenetur se detegere* possono rintracciarsi diversi diritti: il privilegio contro l'autoincriminazione (*privilege against self-incrimination*), il diritto a rimanere in silenzio di fronte all'insieme delle domande o a ciascuna di esse (*right to silence*) e il diritto a non essere interrogati dal giudice o dalle parti (*right not to be questioned*). Sul tema v. il contributo fondamentale di GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale*, Milano, 1972; tra i lavori monografici, v. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003; LUPÀRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e diritto al silenzio*, Torino, 2000; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004; PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006; sul versante sostanziale, TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012.

⁴ Il modello inquisitorio invece giustificava l'uso della forza per ottenere confessioni, riflettendo una concezione del potere autoritario e centralizzato.

⁵ Nel corso della storia, i sistemi giuridici hanno spesso dovuto confrontarsi con l'inclinazione delle autorità inquirenti a ottenere informazioni utili per la ricostruzione dei fatti di reato direttamente dall'imputato. Pratica contrastata dai sistemi penali democratici, dove il diritto al silenzio ha assunto un ruolo centrale nel far prevalere l'esigenza di proteggere la libertà morale e la dignità dell'imputato sulla naturale propensione del sistema giudiziario a considerare quest'ultimo come fonte cruciale di informazioni per il raggiungimento della verità.

⁶ Che il principio del *nemo tenetur se detegere* sia un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» è riconosciuto dalla Corte costituzionale (Corte cost., ord. n. 117 del 2019, ove sono richiamate le precedenti ordinanze n. 202 del 2004, n. 485 e n. 291 del 2002), la quale lo annovera tra i diritti inalienabili della persona umana (Corte cost. n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982).

dell'accusa di dimostrare la responsabilità e l'esclusione di ogni dovere di rispondere in capo all'imputato, il quale «non va considerato quale depositario di una verità da carpire a ogni costo, ma è un organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo»⁷. Sul piano sovranazionale ed europeo, a differenza di quanto previsto in seno all'art. 14, par. 3 lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dove, tra le garanzie dell'accusato, figura il diritto a non essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessarsi colpevole, nel testo della Convenzione non v'è analogo riconoscimento; nondimeno, la Corte di Strasburgo, in plurime occasioni, ha affermato che il «diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione» si colloca al cuore della nozione di “equo processo” proclamata dall'art. 6, par. 1 C.E.D.U.⁸, sottolineando come esso sia finalizzato a proteggere l'accusato da indebite pressioni dell'autorità volte a provocarne la confessione⁹.

Il nostro legislatore ha dunque optato per il riconoscimento all'imputato e alla persona sottoposta alle indagini del diritto al silenzio nei rapporti con l'autorità procedente, attraverso l'esplicita attribuzione alla persona interrogata della facoltà di non rispondere, che è il profilo in cui meglio si esprime il *nemo tenetur se detegere*, e del divieto di utilizzare, neppure con il suo consenso, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. Il soggetto interrogato, in qualunque sede l'atto venga svolto, è avvertito della facoltà di non rispondere e il diritto al silenzio riconosciutogli è previsto a tutela non solo del rischio di autoincriminarsi, ma anche e soprattutto della libera scelta dei comportamenti processuali da adottare, *id est* della sua libertà di autodeterminazione, a sua volta riconducibile alla libertà morale¹⁰.

Nel periodo appena successivo alla riforma del codice di procedura penale del 1988 il privilegio del *nemo tenetur se detegere* ha dovuto scontare il riproporsi di un uso disinvolto e incontrollato, da parte del potere inquirente,

⁷ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 193.

⁸ *Ex multis*, Corte EDU, 5 aprile 2012, Chambaz c. Svizzera; Corte EDU, 25 febbraio 1993, Funke c. Francia.

⁹ Corte EDU, 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito. Cfr. anche Corte EDU, 21 dicembre 2000, Heaney e McGuinness c. Irlanda; Corte EDU, 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, in cui il diritto al silenzio è posto in stretta relazione con la presunzione di innocenza.

¹⁰ FLICK, *Libertà X) Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 545; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 27.

di metodi investigativi non ortodossi, tendenti a strumentalizzare la custodia cautelare a indebite pressioni finalizzate a ottenere dichiarazioni auto o etero accusatorie¹¹. Ma la ricerca e la spinta alla collaborazione, con conseguente erosione del diritto al silenzio, è fenomeno ancora più risalente, che si è esteso nel tempo anche alla fase della esecuzione della pena, finendo col piegare diritto penitenziario e trattamento del detenuto a fini di politica criminale. Una degenerazione che ha determinato il sacrificio della libertà del condannato di autodeterminarsi nelle proprie scelte difensive. Complice la previsione di obblighi di collaborazione in capo al condannato fondati su automatismi, premi e ricatti, che divergono sensibilmente «dai dettami costituzionali di una pena che deve tendere alla rieducazione del reo, di un procedimento di sorveglianza di natura “giurisdizionale” in cui sia salvaguardato il diritto di difesa del detenuto, di una posizione di sostanziale ed oggettiva uguaglianza tra coloro che sono comunque assoggettati ad una sentenza penale di condanna»¹².

L’obbligo di cooperare con le autorità è una fattispecie introdotta da quelle norme che, avvalendosi dello strumento della premialità come contropartita della collaborazione, perseguono obiettivi di politica criminale, del tutto eccentrici rispetto alla tensione rieducativa della pena imposta dall’art. 27, co. 3 Cost., innescando un meccanismo che premia chi offre all’autorità contributi dichiarativi di natura confessoria o eteroaccusatoria e che sanziona, per converso, chi invece resta in silenzio.

In tale ottica, il diritto a non collaborare, quale principio cardine del diritto di difesa, è un imprescindibile parametro per decidere della legittimità costituzionale degli obblighi collaborativi imposti al condannato dalla normativa penitenziaria. L’esecuzione della pena, infatti, è una dimensione giudiziaria nella quale lo *ius tacendi* può ben proiettarsi come un *continuum* rispetto alla fase

¹¹ CATALANO, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, a cura di Stortoni-Castronuovo, Bologna, 2019, 211 ss. Sul fenomeno della progressiva erosione del diritto al silenzio derivante dalle prassi investigative su affari e politica degli anni '90 si veda la relazione di AMODIO, *Omnis tenetur se detegere. L’abolizione del diritto al silenzio nelle indagini su affari e politica*, la cui sintesi, a cura di Lami, è consultabile in *Cass. pen.*, 1995, 2437 ss.; NEGRI, *Diritto al silenzio e verità estorte. Regressioni della storia, reticenze dell’Europa, ipocrisie domestiche*, in *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, cit., 167. Sulla crisi del diritto al silenzio di fronte a esigenze preventive e repressive, MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio*, cit., 13 ss.; sulla graduale erosione dello *ius tacendi* e le sue implicazioni sulla confessione, LUPÀRIA, *La confessione dell’imputato nel sistema processuale penale*, cit., 13 ss.

¹² PAVARINI, *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, 1996², 258.

precedente di cognizione. La sfida impone la ricerca di nuovi equilibri tra poli in inevitabile tensione (esigenze di prevenzione e garanzie dei diritti individuali del condannato), che siano anzitutto più “umani”. Per tale ragione appare opportuno muovere proprio dalle fondamenta teleologiche della fase esecutiva della pena, onde individuare quei profili di disturbo che, rappresentando vere e proprie patologie del sistema penitenziario, ne impongono una rilettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata. Questo il proposito delle presenti riflessioni.

2. *Il contesto esecutivo tra libertà e valori.* La fase dell’esecuzione penale, sempre considerata come un segmento marginale rispetto alla fase cognitiva anche per via della sua originaria natura amministrativa, ha acquisito col tempo un peso specifico sempre maggiore, rappresentando oggi il “luogo giuridico” dove si testa il funzionamento del sistema penale nel suo complesso¹³.

Calato il sipario sul momento accertativo del reato, è in tale contesto che si presenta impellente la necessità di rinnovare l’equilibrio tra le istanze di difesa sociale e la tutela della persona, a vantaggio dei diritti individuali¹⁴. Occorre infatti coltivare una nuova prospettiva, non solo giuridica ma anche e soprattutto culturale, in controtendenza rispetto al *trend* che ha contraddistinto gli ultimi decenni di legislazione penitenziaria, prevalentemente incentrato su opzioni di “politica criminale giudiziaria” che strumentalizzano la giustizia per fini di controllo sociale e di prevenzione generale, con conseguente alterazione del volto costituzionale del sistema punitivo¹⁵. Che tale sistema sia da intendere come un’esperienza unitaria in cui diritto sostanziale, diritto proces-

¹³ Sottolinea SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l’identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1405, come il legislatore, consegnando al magistrato di sorveglianza «il compito di stabilire se un soggetto può o non può ancora essere “restituito” alla società», lo carichi di una forte responsabilità: in tali decisioni, infatti, non c’è «soltanto il consueto “peso” dell’errore giudiziario [...], ma anche il “peso” - tutto esclusivo della magistratura di sorveglianza - di rappresentare in un certo senso l’ “ultimo anello della catena” e quindi di vedere ricadere su di sé tutte le aspettative, oltretutto mutevoli e contraddittorie, che la società ripone nel sistema della giustizia nel suo complesso».

¹⁴ Denuncia il pressante incedere dell’esigenza di difesa sociale a tutto danno dei diritti dell’individuo NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 2, 553 ss., il quale, attraverso una rilettura delle pronunce della Corte costituzionale e delle ordinanze di rimessione, svela la cultura del processo penale di cui essa è portatrice, mettendo in guardia dalla tecnica di bilanciamenti tipica della Corte europea tendente a privilegiare l’interesse punitivo.

¹⁵ GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, in *Criminalia*, 2016, 304.

suale e diritto penitenziario dialogano tra loro è assodato; al contempo, è però opportuno che le interferenze reciproche non intacchino l'identità finalistica di ciascun comparto del diritto. La tendenza invece è quella di dislocare il perseguimento di prioritarie finalità general-preventive lungo tutto l'arco dell'*iter* processuale, dalle indagini preliminari sino all'esecuzione della pena, investendo quest'ultima di improprie funzioni preventive e investigative per combattere determinati fenomeni criminosi. Un obiettivo di politica criminale per il cui soddisfacimento, come si vedrà, si cerca di intercettare il "sapere" dell'imputato o del condannato incentivandolo a collaborare con la giustizia dietro ricompensa.

Ciò accade, nonostante le indiscusse peculiarità della fase dell'esecuzione penitenziaria, sulle quali è opportuno soffermarsi, non foss'altro che per trarne la conferma della necessità di cercare nuovi assetti che privilegino la prospettiva rieducativa restituendo valore al singolo, in quanto persona umana, ai suoi diritti individuali e alla sua dignità intrinseca.

Le modalità esecutive della pena dovrebbero, per vero, essere disegnate e programmate in maniera tale da armonizzare, da un lato, il bisogno di proteggere la società riducendo l'area di criminalità, e, dall'altro, il dovere di rispettare i diritti fondamentali dell'individuo puntando al recupero dei condannati mediante il potenziamento delle alternative al carcere. Invece, se scorriamo le pagine della storia della politica penitenziaria ci accorgiamo come ogni iniziativa legislativa volta a rilanciare gli spazi di "libertà rieducativa" del detenuto venga presto snaturata da interventi successivi, maturati quasi sempre sull'onda emergenziale del momento, che, lungi dal promuovere modalità esecutive della pena fuori dal carcere, confermandone la necessaria flessibilità, se ne guardano bene, avvertendo nella pena flessibile un pericolo da cui difendersi, e ignorando così quanto sancito nella Carta fondamentale, all'art. 27, co. 3, ove il termine "pena" è declinato al plurale e delle pene si sottolineano, senza equivoci, il tratto umanitario e le funzioni rieducative¹⁶.

¹⁶ Che il legislatore costituente abbia voluto prospettare una pluralità di soluzioni sanzionatorie possibili, rispetto alle quali il carcere deve restare l'*extrema ratio*, lo si evince anche dall'art. 13, co. 2 Cost., dove la «detenzione» è contrapposta a «qualsiasi altra forma di restrizione della libertà personale», e dall'art. 25, co. 2 Cost., in cui v'è un riferimento generico alla punizione e non all'incarcerazione (PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 2, 7). Sulla rieducazione, quale concetto polivalente e generico che può riempirsi di vari contenuti, v. FIANDACA, *Il comma 3 dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1991, 223; sulla "rieducazione come problema", sempre FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 90 ss.

Si sa che il finalismo rieducativo, una volta scritto nella Costituzione, ha cambiato profondamente il volto della pena, imprimendo un importante ridimensionamento del paradigma retributivo e, parallelamente, avviando il processo di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva. Sullo sfondo la rivalutazione del condannato come persona, sulla cui vicenda penale vanno poste le attenzioni, onde collocarlo al centro delle dinamiche esecutive segnate da una concezione della pena sempre più duttile, e, di riflesso, da una nuova visione del giudicato non più intangibile.

Sono proprio l'umanità e la tensione rieducativa invocati nell'art. 27, co. 3 Cost. a fondare lo statuto costituzionale della pena. L'art. 27, co. 3 Cost. pospone la finalità rieducativa al divieto di pene contrarie al senso di umanità, non già per declassare l'obiettivo della risocializzazione del reo a mero scopo eventuale ma per evidenziare il nesso strumentale tra natura (umanitaria) e finalità (rieducativa) della pena. In un'unica disposizione vengono racchiuse le due principali anime della nostra Carta: l'istanza personalistica (principio di umanità) e l'istanza solidaristica (principio rieducativo). La loro connessione normativa sigla «l'imprescindibile connubio che deve caratterizzare un protocollo sanzionatorio che vedrebbe inesorabilmente annichilito l'obiettivo di rieducare il reo laddove il condannato venisse sottoposto a un trattamento inumano»¹⁷. Principi supremi che si traducono, nel linguaggio del processualpenalista, nella necessità di giurisdizionalizzare la fase esecutiva, a tutela delle posizioni soggettive dei detenuti, e di conferire nuova linfa alle misure alternative alla detenzione.

Superamento del principio dell'intangibilità del giudicato e modalità di espiazione della pena ritagliate sulla persona del condannato sono state, pertanto, le principali direttrici costituzionali che, grazie anche a un giudice delle leggi attento a riempire di contenuti umani il precetto di cui all'art. 27, co. 3 Cost., hanno lentamente condotto allo stravolgimento dei precedenti assetti, dando luogo al c.d. umanesimo penitenziario, inaugurato con la legge 26 luglio 1975, n. 354¹⁸, cui avrebbe dovuto fare da sponda una giurisdizione sintonizzata con

¹⁷ SIRACUSANO, *Punire e rieducare tra individualizzazione e differenziazione trattamentale: un difficile equilibrio da ricondurre entro i binari della legalità costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2021, 3, 2.

¹⁸ Come noto, con tale legge si supera la logica della esclusività della pena detentiva e, al tempo stesso, si crede nell'idoneità delle misure alternative a fungere da strumenti per prevenire future condotte antisociali.

la funzione rieducativa della pena, una giurisdizione rieducativa, appunto¹⁹. Ma, come si sa, l'ordinamento penitenziario, seppure in ritardo di trenta anni, venne alla luce senza che contestualmente si provvedesse alla modifica del codice penale e del codice di rito. Ne è derivata «una frattura ideologica tra regolamentazione costituzionalmente orientata della fase esecutiva e disciplina del sistema punitivo rimasto, nel suo complesso, ancorato a una visione di stampo precostituzionale e quindi retributiva della pena e di prevenzione generale»²⁰. Con il codice di procedura penale del 1988 si è riparato in parte alla predetta frattura ideologica mediante l'estensione alla fase esecutiva delle garanzie di giurisdizionalità proprie della fase della cognizione. Si sono così distribuite le funzioni di giurisdizione esecutiva al giudice dell'esecuzione, chiamato a risolvere ogni questione inerente all'attuazione del provvedimento da eseguire, e le funzioni di giurisdizione rieducativa alla magistratura di sorveglianza, alla quale è affidato il compito di controllare *in itinere* gli esiti del trattamento per l'accesso alle misure alternative. A completamento di quel processo di progressiva autonomia della fase esecutiva, avviato con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 e rafforzato con la “legge Gozzini”²¹, si delineava quindi una giurisdizione, con propri connotati²², che interviene nella fase *post iudicatum*, con facoltà riconosciuta alla magistratura di sorveglianza di modificare quantità e qualità della pena irrogata in sentenza²³. La fase dell'esecuzione è stata, infatti, concepita come la sede principale dove la giurisdizione è chiamata ad attuare i principi costituzionali dell'umanizzazione della pena e delle sue finalità rieducative, adottando tutte

¹⁹ PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, Milano, 2008, 1: «l'attuazione del principio rieducativo della pena implica l'esistenza di una giurisdizione rieducativa, che [...] presuppone l'esistenza di un potere punitivo finalisticamente orientato e la necessità di verificare che le sanzioni penali siano irrogate ed eseguite in coerenza con gli scopi (costituzionalmente predeterminati) di tale potere».

²⁰ PRESUTTI, *Premessa*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998, n. 165)*, a cura di Presutti, Padova, 1999, IX.

²¹ Si veda l'ampia analisi di DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario”*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, a cura di Grevi, 1994, 73 ss.

²² Attivabilità *ex officio* del procedimento, assenza di pubblicità, contraddittorio tendenzialmente cartolare, limitate garanzie partecipative dell'interessato. Sulla tenuta della disciplina dell'esecuzione della pena rispetto ai valori costituzionali incidenti sul processo penale, con particolare riguardo al diritto di difesa v. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano 2002.

²³ V., per tutti, DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione competenze procedure*, Torino³, 1998, 2 ss.; RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, 18 ss.

le misure volte ad adeguare il trattamento penitenziario alle effettive esigenze e prospettive di recupero del condannato, secondo le norme stabilite dall'ordinamento penitenziario del 1975. E poiché l'efficacia rieducativa dipende non solo dalla durata della pena, ma soprattutto dal suo regime di esecuzione, è necessario che questo sia flessibile, che sia ricco di istituti e di misure rieducative capaci di tenere conto e di stimolare l'evoluzione della personalità e della condotta del soggetto, la cui collaborazione spontanea è premessa essenziale. La prospettiva rieducativa, in definitiva, non può risolversi con la sola permanenza in carcere per tutto il periodo di pena inflitta, ma va stimolata, incoraggiata e perseguita con modalità esplicative extramurarie.

Una fase che pesa e che conta, per dirla con Massimo Nobili, nella quale entrano in gioco quei diritti e quelle libertà fondamentali prima attribuiti all'imputato e poi adattati al suo sopravvenuto *status* di condannato. Nessuna caduta delle garanzie, semplicemente un loro adattarsi²⁴.

L'esecuzione della pena dovrebbe, infatti, riporre in primo piano i problemi del soggetto. I valori della flessibilità della pena e della progressione trattamentale sono direttamente collegati all'esigenza di adeguare la pena, nel corso della sua espiazione, alla storia personale del soggetto e alla sua evoluzione. Muovendo dalla situazione di partenza del condannato, si perfeziona un percorso individualizzato che gradualmente lo reinserisca nella società grazie all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative. Allo Stato incombe l'onere di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, ai sensi dell'art. 3 Cost., ove è sancito il principio di uguaglianza sia formale sia sostanziale. In altre parole, lo Stato è tenuto a impegnarsi a una piena valorizzazione e realizzazione della persona del condannato, mediante la predisposizione di strumenti e garanzie atti a dare attuazione concreta agli scopi rieducativi della pena²⁵. Tra essi, le

²⁴ CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2012, 1.

²⁵ Corte cost. n. 204 del 74, nella quale si legge: «[...] Con l'art. 27, co. 3, della Costituzione il fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato [...] ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle. Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espia abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo e tale di-

misure alternative svolgono un ruolo primario contribuendo a una espiazione flessibile della pena.

Non per tutti, però, la flessibilità della pena è un valore da salvaguardare e incoraggiare. In tanti vi scorgono un fattore destabilizzante, che indebolisce il giudicato e mina la certezza della pena²⁶. Eppure, sembrano più i vantaggi ad essa connessi rispetto ai rischi legati al possibile insuccesso degli strumenti rieducativi. Inconveniente che potrebbe essere limitato investendo in risorse umane e finanziarie onde rendere concreta e non utopica l'aspirazione rieducativa della pena²⁷. In direzione opposta però si muovono le politiche penitenziarie, per lo più orientate a mistificare l'ideale rieducativo, alimentando così il disincanto della risocializzazione ma anche diffidenza e indifferenza della collettività nei confronti del mondo carcerario e, di conseguenza, del diritto alla speranza che la Costituzione riconosce a ogni detenuto.

ritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale». Di recente, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 149 del 2018, ha puntualizzato la necessità di valorizzare l'elemento della flessibilità della pena nella sua concreta esecuzione: la personalità del condannato – scrive la Corte – «non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento». È una prospettiva che non soltanto «chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità», ma impone una «correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società». Il medesimo concetto è stato poi ribadito in Corte cost. n. 253 del 2019 e in Corte cost., ord. n. 97 del 2021.

²⁶ Le prime preoccupazioni riferite a una decarcerizzazione fine a sé stessa o comunque attuata senza il supporto di adeguati riscontri sul versante della rieducazione furono espresse già all'indomani dell'approvazione della c.d. "legge Gozzini": FASSONE-BASILE-TUCCILLO, *La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987, 82 s.; DAGA, *Prime osservazioni sull'applicazione della legge n. 663/1986*, in *Quest. giust.*, 1987, 638. Cfr. altresì PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario (legge 10 ottobre 1986 n. 663)*, in *Margin e soc.*, 1987, 1, 120.

²⁷ Cfr. la lucidissima analisi di MARGARA, *La costituzionalizzazione della flessibilità dell'esecuzione della pena*, in *La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, a cura di Corleone, Firenze, 2015, 23 ss., ove rileva come si sia cominciato a contestare non il sistema, ma il modello del sistema, e a sostenere che la flessibilità della esecuzione della pena fosse errata e pericolosa e andasse abbandonata. Rimarca l'A. «è strano che non si spendesse una parola sulla giurisprudenza costituzionale, che restava esattamente quella di prima (l'ultima sentenza che abbiamo citata è del marzo 1992) e continuava tranquillamente ad affermare che la esecuzione della pena doveva (ripeto: doveva) essere flessibile».

Si è sostenuto che la flessibilità della pena, offrendo risposte diverse a colpe che risultano uguali, può rendere la pena incerta e indeterminata²⁸.

Un assunto di tal genere – secondo un’acuta sottolineatura – non tiene conto, però, di una serie di dati: anzitutto, che il quadro di riferimento della esecuzione resta la pena determinata con la sentenza, alla cui durata sarà riferita la durata della misura alternativa; in secondo luogo, che la misura alternativa non è una misura vuota, bensì un altro modo di eseguire la pena, che deve servire a certificare e concludere il raggiungimento degli scopi rieducativi; in terzo luogo che, se la prova extramuraria non si conclude positivamente, riprenderà la esecuzione della pena originaria, sia pure rideterminata in relazione a quanto accaduto durante la misura alternativa, ma sempre partendo dalla pena iniziale²⁹.

Tali considerazioni mettono in rilievo una delle peculiarità più pregnanti del momento esecutivo della pena, quella di essere un segmento processuale tutt’altro che statico, governato da intervalli valutativi che lo rendono dinamico. Dinamismo punitivo, il cui sviluppo non può prescindere da regole pre-determinate, che, assolvendo le aspirazioni rieducative, garantiscano una risposta sanzionatoria “umana”, quindi modificabile secondo le condizioni e le esigenze della persona del condannato, in vista del suo graduale reinserimento nella società. In definitiva, l’esecuzione è correlata a «una pena personalizzata, rieducativa e risocializzante “dal volto umano”, attenta promotrice dei valori dell’uguaglianza sostanziale, come tale elasticamente adeguata alla storia del soggetto e alla sua evoluzione, nel contesto di una esecuzione penale giurisdizionalizzata e dinamizzata verso il suo orizzonte finalistico»³⁰.

«Modulare l’esecuzione penale sul percorso riabilitativo del condannato non vuol certo dire, come si ripete con logoro *cliché*, determinare un’incertezza della pena, ma soltanto che questa – in base a determinati presupposti legali e a seguito dell’accertamento giurisdizionale della loro sussistenza – va calibrata *in itinere* sull’evoluzione psico-comportamentale della persona che la espia»³¹.

²⁸ GREVI, *Intervento*, in *Problemi applicativi della legge N. 663/86*, Frascati 26/27/28 giugno 1987, in *Quaderni del C.S.M.*, Roma, 1988, 15, 179 s.

²⁹ MARGARA, *La costituzionalizzazione della flessibilità dell’esecuzione della pena*, in *La giustizia e il senso di umanità*, cit., 36.

³⁰ FIORILLO-MAZZAMUTO, *Alessandro Margara maestro della Sorveglianza*, in *La giustizia e il senso di umanità*, cit., 17.

³¹ GIOSTRA, in risposta alle domande di Gianfilippi, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in *Quest. gust.*, 2018, 3, 130, che così argomenta: «diciamo forse che la pena non è certa per il fatto

Ne deriva che il compito della magistratura di sorveglianza è quello di valutare in concreto il cammino rieducativo del condannato, e, sulla base dei criteri di applicabilità stabiliti dalle norme dell'ordinamento penitenziario, ammetterlo a percorsi alternativi alla detenzione. Nessuna delega in bianco³², quindi, ma certamente una «funzione elastica»³³. Del resto, il sacrificio dell'istanza legalistica che vorrebbe una pena “certa”, nell'accezione di prevedibile *ex ante*, è legittimato dalla Corte costituzionale con la storica sentenza n. 204 del 1974, lì dove si afferma come «il condannato che abbia, durante il tempo della esecuzione, tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento e che abbia soddisfatto, avendone la capacità economica, le obbligazioni civili derivanti dal commesso reato, [possa] essere posto in libertà prima del termine previsto dalla sentenza definitiva di condanna». Se ne deduce che è «nello statuto costituzionale della pena la sua modificabilità in fase esecutiva»³⁴.

3. *L'incedere deflagrante degli automatismi.* Dal quadro appena tratteggiato emerge un dato: nello stadio esecutivo della pena si è costretti a tollerare un certo margine fisiologico di indeterminatezza della risposta sanzionatoria, dovendosi, questa, rapportare alla necessaria individualizzazione del trattamento rieducativo. Per tale ragione il giudice della sorveglianza deve essere messo nelle condizioni di potere sagomare il trattamento sulle esigenze del singolo detenuto e nel tempo adeguarlo ai mutamenti personologici e alla progressione nel percorso di risocializzazione intrapreso, servendosi, a tal fine, degli strumenti di flessibilità predisposti dall'ordinamento penitenziario. V'è inoltre

che il giudice di cognizione possa infliggere al rapinatore una pena da quattro a dieci anni di reclusione? Se a nessuno è mai venuto in mente di sostenerlo è perché tutti comprendono che la discrezionalità concessa al giudice serve per meglio commisurare la pena alla gravità del fatto in concreto. Perché, allora, quando le modalità di esecuzione e talvolta la durata della pena sono calibrate dal giudice sulla base dell'evoluzione comportamentale del soggetto, si parla di incertezza della pena? Come non si pretende che tutti i rapinatori siano puniti con x anni a prescindere dal fatto di cui si sono resi protagonisti, non si dovrebbe pretendere che tutti i condannati a x anni scontino la stessa pena a prescindere dal loro comportamento nel corso dell'espiazione».

³² MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Trento, 2022, 91; PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 32.

³³ SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1406.

³⁴ PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Ennio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, vol. I, 340.

bisogno di massima chiarezza e trasparenza della relativa disciplina se si vuole scongiurare il rischio che quella porzione di discrezionalità tollerata si trasformi in arbitrio. Una eventualità non remota laddove i parametri di riferimento siano espressi mediante formule generiche.

Il concetto margariano di discrezionalità “piena” è utile, al riguardo. Con esso si vuole intendere – secondo una sintesi efficace³⁵ – una discrezionalità piena «di idee, disposizioni, valori e sentimenti conformi alla legge, anzi voluti dalla legge»; ove così non fosse, si favorirebbero soluzioni decisionali arbitrarie, piene, al contrario, «di pregiudizi culturali, di precomprensioni ideologiche o di volontà e istinti repressivi contrari alla legge». Il legislatore, quindi, deve preoccuparsi di far sì che il giudizio riservato alla magistratura di sorveglianza, di natura necessariamente prognostica, sia il più oggettivo possibile e sia supportato da una tempistica adeguata, da una documentazione aggiornata della storia personale del condannato, da un’attività ermeneutica uniforme, nonché dall’indispensabile corredo di risorse e mezzi che non lo costringa a lavorare in stato di “povertà conoscitiva”. Il che non può certo venire assolto ricorrendo a rigidi criteri predeterminati, risultando, semmai, più idonei presupposti normativi elastici e versatili, funzionali a meglio accertare l’attualità della pericolosità sociale di chi chiede di essere ammesso alla misura alternativa, e che assumano a parametri di valutazione le connotazioni personologiche e comportamentali dell’interessato, tipizzabili – si ripete – solo attraverso nozioni elastiche come «meritevolezza», «pericolosità», «affidabilità», «rieducabilità», e da applicare a un quadro personologico *in fieri*.

Lo scenario muta profondamente durante le note stagioni emergenziali a causa dell’innesto nel sistema penitenziario di rigidi automatismi nella procedura di accesso alle misure alternative alla detenzione. Ciò ha gradualmente trasformato il modello originario di accertamento della giurisdizione rieducativa, non più incentrato su valutazioni personologiche, di natura discrezionale, vol-

³⁵ FIORILLO-MAZZAMUTO, *Alessandro Margara maestro della Sorveglianza*, cit., 17, che sviluppando il concetto di discrezionalità “piena”, invocano «una discrezionalità “informata”, ricca di dati concreti, nella pluralità delle sue fonti cognitive giudiziarie, penitenziarie ed extrapenitenziarie, con particolare riguardo all’inchiesta di servizio sociale, che realizzi una approfondita conoscenza del soggetto, della sua storia non solo giudiziaria, della sua situazione penitenziaria, del suo contesto ambientale, familiare e lavorativo in vista del suo reinserimento sociale»; «una discrezionalità ben governata che scongiuri il divario tra il giudice e la legge, che eviti l’eccessiva eterogeneità degli indirizzi giurisprudenziali tra gli uffici e a volte all’interno di uno stesso ufficio e, soprattutto, garantisca tempestività delle decisioni giudiziarie»; infine, «una discrezionalità che abbisognerebbe di mezzi, risorse, strutture, organizzazione, circolarità delle conoscenze, informatizzazione [...]».

te a sondare l'evoluzione della personalità dell'interessato, bensì su dinamiche accertative della pericolosità sociale a carattere decisionista³⁶, fondate su giudizi fattuali, contenenti «la valutazione dei fatti materiali da cui prendere le mosse per ricostruire il profilo personologico del condannato»³⁷.

Per di più, attraverso meccanismi ispirati alla logica del doppio binario e a presunzioni legali di pericolosità sociale³⁸, la valutazione del giudice in ordine alla concessione dei benefici penitenziari viene ancorata a comportamenti standardizzati esteriori, come la collaborazione con la giustizia e l'assenza di collegamenti con organizzazioni criminali, che implicano una valutazione che trascende il piano della risocializzazione. Dagli automatismi discende, in vero, un vincolo legale che inabilita il libero convincimento del giudice limitandone la discrezionalità decisionale, che, di fatto, finisce per rapportarsi a indici normativi tutt'altro che flessibili: obbligato per legge a parametrare il suo giudizio su un criterio automatico e rigido, gli si impone l'esito della decisione³⁹, o lo si vincola a valutazioni provenienti da altri, come l'amministrazione penitenziaria o le procure⁴⁰.

È noto che l'ingresso degli automatismi in ambito penitenziario, ma anche in quello delle cautele, risale ai primi anni '90, periodo che si ricorda per l'impetosa recrudescenza del crimine organizzato. Il clima di paura e impotenza diffusosi a quel tempo richiedeva risposte severe in grado di fronteggiare i più feroci attacchi dell'organizzazione mafiosa. Fu così che si introdussero nell'ordinamento penitenziario le due norme divenute simbolo della lotta alla mafia, gli artt. 41-*bis* e 4-*bis* ord. pen., che disciplinano rispettivamente il regime differenziato del c.d. carcere duro e il meccanismo ostativo. L'obiettivo era quello di rendere certa e prevedibile la pena detentiva in modo che gli esponenti di spicco della criminalità organizzata non potessero né continuare a impartire direttive dal carcere, né usufruire dei benefici penitenziari o delle

³⁶ DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020, 5.

³⁷ DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, cit., 272, che aggiunge come «al primitivo nucleo del “giudizio sull'uomo” si addiziona, dunque, l'area - disomogenea rispetto alla prima - del “giudizio sul fatto per risalire all'autore”».

³⁸ Sul tema v. ampiamente DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., *passim*.

³⁹ MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 110, parla di progressiva trasfigurazione del modello di valutazione della pericolosità sociale; DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione*, cit., 8 ss., parla di “tsunami sistematico”, individuandone gli scompensi sia interni che esterni al processo.

⁴⁰ Secondo BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, Milano, 1995, 86, si è tentato di «funzionalizzare il ruolo della giurisdizione esclusivamente in termini utilitaristici».

misure alternative. Grazie al congegno ostativo, che si regge su una doppia presunzione, la pericolosità sociale del condannato per un delitto di mafia è presunta dalla stabilità dei suoi collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza, superabile solo con la collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen.⁴¹. Ne deriva che chi non collabora è socialmente pericoloso, presumendosi che sia ancora legato all'organizzazione. Del regime ostativo e dei suoi effetti sulle prerogative difensive si avrà modo di tornare in seguito, qui preme segnalare come la manovra legislativa che ha introdotto tali automatismi, e, con essi, generato un effetto perequativo delle specificità dei casi concreti⁴², fosse espressione di quella politica criminale che, orientata a bilanciare gli interessi contrapposti in favore della difesa sociale, si mostrava tendente a nutrire una generale sfiducia nei confronti della magistratura. Si pensi agli effetti dell'automatismo legislativo sui margini di discrezionalità dell'organo giudicante, ridotto a mero esecutore di decisioni e soprattutto privato delle sue funzioni di giurisdizione rieducativa. Praticamente, in forza di tale meccanismo legale, pur in presenza dei requisiti soggettivi (meritevolezza) e oggettivi (entità della pena da scontare) che consentirebbero a un condannato di lasciare il carcere o di non entrarvi, è vietato al giudice di disporre misure diverse dalla detenzione intramuraria in ragione del titolo del reato commesso⁴³: il silenzio diventa sinonimo di irriducibilità e di costante pericolosità, tali da giustificare un inasprimento sanzionatorio⁴⁴.

Per tale via, i buoni propositi di rilancio dell'alternativa al carcere, perseguiti prima dalla legge Gozzini del 1986, e poi dalla riforma Simeone del 1998, vennero posposti alle istanze securitarie divenute sempre più pressanti a causa dell'emergenza mafia⁴⁵. Ancora oggi, dopo le deludenti novelle del 2018, gli ultimi interventi del legislatore, ignorando gli ammonimenti dell'Europa, insi-

⁴¹ È con la L. 7 agosto 1992, n. 356 che la collaborazione diventa unica condizione idonea a superare il divieto di accedere ai vantaggi penitenziari da parte degli autori di reati di criminalità organizzata.

⁴² TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4930 ss.

⁴³ Cfr. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo*, in www.questionegiustizia.it, 27 giugno 2014, par. 5.

⁴⁴ BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, cit., 99.

⁴⁵ Si veda SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1423, che rimarca come la sfiducia nella magistratura si avvertisse più forte di fronte a reati particolarmente gravi e ai recidivi.

stono a mantenere nel sistema un meccanismo di presunzioni e preclusioni che sottopone il condannato ostativo a una scelta fatale dalla quale dipende la sua libertà, con ripercussioni non trascurabili sulle sue prerogative rieducative e difensive.

Peraltro, quella di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. è un'ipotesi di automatismo che, nelle trame normative della fase esecutiva, viene spesso richiamata esplicitamente per fondare altre preclusioni. È nutrito il novero di "rinvii" che declinano altrettanti modelli di preclusività: preclusioni *tout court* di accesso ai benefici, preclusioni condizionate, aggravii dei termini per accedere ai benefici o, infine, preclusioni di carattere meramente processuale⁴⁶.

4. *La posta in gioco nell'esecuzione penitenziaria: la "libertà restituita"*. Se nella fase della cognizione la posta in gioco è la responsabilità dell'imputato, quindi la sua libertà personale, nella fase dell'esecuzione della pena è invece la "libertà restituita". Un concetto che, facendo propria una visione ampia di libertà, comprensiva di ogni tipo di libertà, fisica, psichica e morale, si presta a integrare la dimensione rieducativa della pena con il rispetto dei diritti inviolabili.

Per intenderci, la "libertà restituita" non si riferisce semplicemente alla liberazione fisica del detenuto, cioè al fatto che una persona esca dal carcere al termine della pena, ma abbraccia una concezione più estesa della libertà, riferendosi a un percorso verso la libertà che comprende certamente la libertà fisica, ossia la capacità di muoversi e agire senza essere limitati fisicamente dal carcere, ma anche la libertà psichica, intesa come l'autonomia e l'indipendenza mentale che il detenuto dovrebbe custodire conservando la capacità di prendere decisioni in modo consapevole e autonomo, nonché la libertà morale, che investe la dignità personale e la possibilità di autodeterminarsi senza subdole incursioni da parte delle autorità nella propria sfera più intima.

Questa idea di libertà è, dunque, multidimensionale, integrando le componenti fisiche, psicologiche e morali dell'individuo, e potrebbe costituire un ragionevole parametro di costituzionalità se messo in relazione con la dualità precettiva dell'art. 27, co. 3 Cost., che potrà dirsi rispettato nella sua completezza solo se al detenuto gli si garantiscano insieme tutte queste forme di liber-

⁴⁶ MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 117; PAVARIN, *Diritto penitenziario: breve viaggio nel labirinto delle preclusioni. Il filo di Arianna*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 11, 1481 ss.

tà. La libertà che viene “restituita” al detenuto durante e al termine del percorso di detenzione non rappresenta, infatti, soltanto il ritorno a una condizione di assenza di restrizioni, ma dovrebbe integrare il risultato di un percorso di crescita personale e di risocializzazione. Significa preparare il detenuto al suo rientro nella società offrendogli l’opportunità di rivisitare il suo passato, di riflettere sui propri errori, di responsabilizzarsi acquisendo la capacità di vivere rispettando le regole sociali e i diritti degli altri consociati. La “libertà restituita”, quindi, rappresenta il culmine di un processo nel cui corso il detenuto viene accompagnato nel suo tornare a vivere nel mondo libero.

Nell’ottica rieducativa, essa mira a preparare il detenuto per un reinserimento nella vita comunitaria, garantendogli che il periodo di detenzione sia quanto più possibile costruttivo e orientato al futuro.

Un progetto che richiede l’impegno sia di chi quella libertà ha il diritto a che gli venga restituita, non perché la merita in senso morale⁴⁷, bensì perché vi sono tutti i presupposti di legge per ottenerla, sia delle istituzioni e della società civile nel cui contesto il detenuto è destinato a rientrare da libero⁴⁸. Il sistema, quindi, si regge su un progetto di responsabilità reciproca: il detenuto ha la responsabilità di adoperarsi verso il proprio miglioramento, e la società ha il dovere di concedergli una seconda possibilità.

Una tale prospettiva fa riaffiorare, con tutta la sua incisività, il noto paradosso che attribuisce al penitenziario la funzione di “educare alla libertà pur negandola”, chiedendo all’istituzione carcere di svolgere una funzione punitiva che è al contempo libertaria e rieducativa. Si tratta di una sfida complessa per le istituzioni penitenziarie, che devono riuscire a coniugare due funzioni apparentemente in contrasto, e cioè la privazione della libertà come punizione e la promozione della libertà come obiettivo ultimo.

Un ideale all’apparenza irrealizzabile, ma che potrebbe essere concretamente perseguito grazie al progresso delle istituzioni sociali verso la democratizzazione e il riconoscimento dei diritti dei detenuti⁴⁹. A tal fine, diventa impre-

⁴⁷ Sferza un duro attacco al criterio meritocratico nella concessione del beneficio, VIANELLO, *Cultura giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, 141 ss.

⁴⁸ In parallelo risulta fondamentale, ovviamente, intervenire con politiche territoriali atte ad attenuare le disegualianze sociali da cui origina buona parte delle azioni delittuose.

⁴⁹ MARGARA, *Memoria di trent’anni di galera*, in *La giustizia e il senso di umanità*, cit., 111, afferma a proposito del carcere che «c’è una scelta tra farne la sede di un servizio e farne invece la sede di una se-

scindibile lasciarsi alle spalle quegli atteggiamenti mistificatori della finalità rieducativa della pena propri delle politiche penitenziarie della certezza e dell'inflessibilità della sanzione, che non fanno altro che "diseducare" la collettività alla diffidenza e alla indifferenza rispetto alla persona privata della libertà personale, col risultato di rendere ancora più ardua la sfida del suo reinserimento sociale post-detentivo, per il quale serve invece che la comunità cittadina partecipi ai programmi educativi, formativi e lavorativi per fare acquisire al detenuto le competenze e le conoscenze utili per il suo ritorno alla libertà; serve altresì una costante sensibilizzazione del cittadino affinché quel ritorno in libertà non venga ostacolato dallo stigma sociale impresso nell'ex detenuto, difficilmente cancellabile; servono infine risorse significative, non sempre disponibili, che finanzino i programmi di reinserimento.

La funzione rieducativa della pena – e la "libertà restituita" che ne è diretto corollario – va dunque coltivata attraverso una politica che promuova concretamente e non ostacoli la massima apertura verso le misure alternative alla detenzione⁵⁰, come il lavoro all'esterno, l'affidamento in prova ai servizi sociali e la semilibertà, riconoscendo in questi strumenti quelle potenzialità trattamentali capaci di offrire al detenuto l'opportunità di sperimentare una graduale riacquisizione della libertà⁵¹. A questi si aggiungano i permessi premio, con i quali il giudice della sorveglianza accorda alla persona privata della libertà personale di uscire temporaneamente dal carcere per motivi familiari, di studio o di lavoro, testandone così l'effettivo percorso rieducativo compiuto prima di ammetterla, in una fase successiva dell'esecuzione e sulla base anche

verità simbolica, che si impone a chi è dentro le mura, per rendere più tranquilli e rassicuranti l'approssimazione morale e il disimpegno esterno».

⁵⁰ La Corte costituzionale ha rimarcato come, sul piano delle finalità proprie della pena, la funzione rieducativa sia assegnata, accanto alla pena, «anche alle misure alternative previste in seno all'ordinamento penitenziario» (Corte cost. n. 173 del 1997); e come queste ultime costituiscano «il punto d'emergenza del trattamento rieducativo, in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale tale trattamento punta» (Corte cost. n. 282 del 1989). Da ultimo, con chiarezza incisiva, Corte cost. n. 149 del 2018.

⁵¹ PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 144: «si chiami misura alternativa o in altro modo, qualunque istituto che intervenga sull'esecuzione della pena facendo riconquistare al condannato spazi di libertà deve avere un fondamento giustificativo nelle coordinate costituzionali della sanzione penale. E tali coordinate, stante l'attuale ineluttabilità della funzione rieducativa della pena ex art. 27, co. 3, Cost., [...], non possono essere rintracciate se non nei principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento».

dell'esito positivo di queste prime sperimentazioni, alla semilibertà e poi alla liberazione condizionale⁵².

La progressione trattamentale, che – si noti – non è solo un parametro valutativo, ma è, prima ancora, un diritto per il soggetto detenuto, consente al giudice di adeguare le modalità espiative della pena al percorso di recupero intrapreso. Alla base vi è il criterio di gradualità: il magistrato, «nella 'restituzione' di 'spazi di libertà' sempre più significativi al detenuto», dovrà operare un razionale apprezzamento delle esigenze rieducative e di prevenzione cui è ispirato il principio stesso del trattamento penitenziario⁵³.

Il principio di progressività del trattamento, invocato in molte pronunce della Corte costituzionale, è quindi servente alla realizzazione della promessa rieducativa. Esso è declinato dal giudice delle leggi come principio di gradualità, in forza del quale il progressivo recupero della libertà personale da parte del condannato è realizzato seguendo un percorso che, muovendo dall'esecuzione intramuraria, attraverso tutta una serie di strumenti rieducativi – lavoro all'esterno, permessi premio e misure alternative – lo porta a terminare la pena avendo già riacquisito un alto grado di libertà personale⁵⁴; e, in negativo, quale principio di non regressione trattamentale, accordandosi al detenuto il diritto a che il percorso trattamentale intrapreso non subisca immotivatamente una regressione⁵⁵. Per la Corte, insomma, è proprio l'«irragionevole interruzione» dell'*iter* trattamentale, «al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti», a determinare una diretta violazione dell'art. 27, co. 3 Cost., in quanto ne risulta «del tutto obliterata la finalità rieducativa della pena»⁵⁶.

Come accennato, il concetto di “libertà restituita” implica anche il rispetto e la tutela dei diritti e delle libertà dei detenuti. Nell'ampia letteratura che si occupa del tema risuona ricorrentemente l'assunto secondo il quale eseguire una condanna alla pena detentiva dovrebbe tradursi esclusivamente nella limita-

⁵² In tal modo assolvendo l'obiettivo costituzionalmente imposto dall'art. 27, co. 3 Cost. (così Corte cost. n. 229 del 2019).

⁵³ Corte cost. n. 74 del 2020.

⁵⁴ Corte cost. n. 149 del 2018.

⁵⁵ Corte cost. n. 32 del 2020.

⁵⁶ Corte. cost. n. 257 del 2006.

zione della libertà personale, intesa come libertà di movimento⁵⁷, senza che siano intaccate le libertà della persona, se non per ragioni di ordine e di sicurezza, in assenza delle quali la limitazione acquisterebbe un valore afflittivo supplementare⁵⁸.

Due sono i valori fondamentali che non possono in alcun modo essere sacrificati in quanto preconditione per l'esercizio di tutti i diritti: la dignità e la libertà di sviluppare la propria personalità.⁵⁹ Il relativo sacrificio ridurrebbe, infatti, la persona a cosa, violando così il principio morale di kantiana memoria. Nonostante le restrizioni imposte dalla detenzione, la persona detenuta non può essere spogliata di ciò che la rende umana, cioè la possibilità di esercitare alcune libertà fondamentali come la libertà di pensiero, la libertà religiosa, il diritto alla salute e alla difesa, il diritto alla privacy, e così via.

Quanto affermato trova un riscontro diretto nella giurisprudenza costituzionale, lì dove si afferma che «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità»⁶⁰. L'espansione della personalità può avvenire attraverso l'accesso all'istruzione, alle attività culturali e lavorative, alla partecipazione a programmi di rieducazione e al mantenimento dei legami familiari. Sono tutti ambiti in cui la personalità del detenuto può continuare a crescere e svilupparsi, anche in condizioni di restrizione della libertà fisica.

Una "libertà residuale" incompressibile, quindi, che integra il limite oltre il quale il potere punitivo proprio dell'istituzione totale non può esprimersi,

⁵⁷ *Ex multis*, GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1981, 8; PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 6.

⁵⁸ Corte cost. n. 135 del 2013.

⁵⁹ Tra i tanti, RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 47 ss.; ID., *La libertà della persona in stato di detenzione*, in *Osservatorio AIC*, 2021, 6, 254, che rileva come il detenuto non possa subire limitazioni «della libertà della persona, concetto senz'altro più ampio che si lega a quello di dignità e di libero sviluppo della personalità, ergendosi a preconditione per l'esercizio di tutti i diritti»; v. anche FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *DisCrimen*, 2012, I, 187.

⁶⁰ Corte cost. n. 349 del 1993. «Anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-bis ord. pen. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale» (così Corte cost. n. 186 del 2018, con cui la Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 41-bis, co. 2-quater lett. f) in riferimento al divieto di cuocere cibi nella propria cella). In tema di regime differenziato e promozione dei rapporti familiari e affettivi, Corte Cost. n. 105 del 2023 a proposito dei colloqui senza vetro divisorio tra figli o nipoti minori di anni dodici e persone sottoposte al 41-bis ord. pen.

quantunque sia arcinota la sua naturale vocazione alla degradazione della persona che vi è reclusa⁶¹. Ogni limitazione dovrà sempre essere giustificata e rispettare il canone della proporzionalità, in modo da non trasformare la detenzione in una violazione sistematica dei diritti fondamentali della persona⁶². Il perimetro di tale compressione è individuato dalla stessa Corte costituzionale, che afferma come la pena detentiva non annulli i diritti fondamentali e che il loro esercizio non può essere compresso al di là di quanto è reso inevitabile dallo stato di detenzione e dev'essere garantito anche attraverso il ricorso al giudice; aggiungendo che il "residuo" di libertà del detenuto è doppiamente prezioso e da tutelare, perché fa capo ad un soggetto doppiamente debole: in quanto è detenuto; e in quanto, di solito, è emarginato e in situazione di disagio sociale già prima del carcere⁶³. Intaccare quella libertà residuale significa anche ostacolare il percorso rieducativo che conduce alla "libertà restituita". Il rispetto delle libertà residue e della dignità del detenuto ha anche una forte valenza etico-sociale. La privazione della libertà è già di per sé una sanzione grave, e ogni ulteriore riduzione dei diritti del detenuto rischia di trasformare la detenzione in una forma di sofferenza non giustificata. È fondamentale che la società e il sistema giuridico si impegnino per garantire che la detenzione non diventi disumanizzante. D'altronde, riconoscere e rispettare le libertà residue del detenuto rafforza l'idea che la pena debba essere orientata al reinserimento sociale. Un detenuto che vede rispettata la sua dignità e i suoi diritti è più incentivato a intraprendere un percorso di riscatto e reintegrazione nella comunità.

⁶¹ Sul punto, ANASTASIA, *Un'età dei diritti? La nuova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 494, ricorda come, a partire da questa limitazione del potere privativo della libertà, la Corte costituzionale - nella fondamentale sentenza n. 26 del 1999 sulla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti - abbia fatto i conti, almeno in linea di principio, con due facce della stessa medaglia: la dottrina della supremazia speciale dello Stato sui cittadini (detenuti) e la realtà del penitenziario in quanto istituzione totale. «L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti».

⁶² A proposito di principio di proporzionalità, si veda la recente pronuncia Corte cost. n. 66 del 2023, in tema di libertà vigilata e della compatibilità della sua durata fissa con i principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

⁶³ Sulla condizione di fragilità del detenuto, volendo, v. SCACCIAOCE, *Fragilità e situazioni carcerarie tra circuiti, sezioni protette e diritti negati*, in *Arch. pen. web*, 2023, 2, 1 ss.

Percorso, quest'ultimo, sicuramente intralciato, se non addirittura impedito, dai rigidi automatismi previsti dal sistema per l'accesso alle misure alternative e ispirati a logiche del tipo di autore e della tipologia del reato commesso. Certo la Corte costituzionale si è nel tempo adoperata per ricucire la trama normativa lacerata dalle incursioni del legislatore, a volte eliminandoli, altre volte limitandone la portata⁶⁴, onde reintegrare il giudice della sorveglianza nel suo peculiare compito di valutare in concreto l'idoneità della misura alla graduale riabilitazione del richiedente; al quale, secondo la già richiamata fondamentale sentenza del giudice delle leggi, indipendentemente dai fatti di reato per i quali è stato ritenuto responsabile, va riconosciuto il diritto a vedere riesaminato, nella sua concreta dimensione storica, il proprio *iter* all'accesso alle misure alternative⁶⁵.

5. Sicurezza, sofferenza e dignità del detenuto: il punto di equilibrio a proposito di pena umana. Se la persona detenuta è soggetto di diritti, non incompatibili con lo *status* detentivo, non può non richiamarsi, in quanto strumentale all'umanizzazione della pena, il co. 4 dell'art. 13 Cost., che impone la punizione di ogni violenza fisica o morale in danno alle persone comunque private della libertà personale. È illegittimo, pertanto, qualsiasi tipo di coercizione in grado di annullare l'autonomia psichica di chi la subisce: «la pena non può essere una tortura, un abbruttimento, un trattamento inumano; essa deve rispettare la pari dignità dell'individuo e il suo patrimonio di diritti inviolabili,

⁶⁴ Si pensi a quelle norme del sistema penitenziario che prevedevano ipotesi di revoca automatica (Corte cost. n. 418 del 1998 e n. 186 del 1995) o di sospensione automatica dei benefici (Corte cost. n. 173 del 1997); alla norma che estendeva ai recidivi reiterati l'applicabilità dei nuovi limiti di pena per l'accesso ai benefici introdotti dalla legge n. 251 del 2005, anche per fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa (Corte cost. n. 257 del 2006); alla norma che escludeva dalle misure alternative alla detenzione «un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice - la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato - privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati» (Corte cost. n. 78 del 2007). Anche con riguardo al meccanismo ostativo *ex art. 4-bis* ord. pen. la Corte ha contribuito alla lenta e progressiva erosione di alcuni suoi effetti preclusivi: si guardi alle categorie della collaborazione inesigibile e impossibile poi recepite dal legislatore del 2002, (oggi eliminate dalla novella del 2022), che equiparano ai condannati collaboranti i condannati che dimostrino di non potere collaborare (Corte cost. n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995), oppure, in materia di detenzione domiciliare, si pensi a Corte cost. n. 239 del 2014 e a Corte cost. n. 76 del 2017, con le quali viene messo a valore il parametro dell'art. 31, co. 2 Cost., espressivo del preminente interesse del minore a una relazione genitoriale finalizzata a un suo equilibrato sviluppo fisico-psichico.

⁶⁵ Corte cost. n. 204 del 1974.

nonostante i limiti che derivano dalla restrizione della libertà personale e dalle esigenze di organizzazione e di sicurezza della convivenza carceraria»⁶⁶. Il contenuto legittimo e predefinito di afflittività corrisponde a quella «privazione tassativa di diritti» limitata alla libertà di movimento, tutto il resto costituisce, come sopra ricordato, una sofferenza in più che, se inflitta, si pone in contrasto con la Costituzione e con la normativa europea⁶⁷.

Quanto detto sembra condensarsi nella norma di apertura dell'ordinamento penitenziario, depositaria di una forza espressiva non comune: «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare rispetto della dignità della persona»⁶⁸. È qui che possono cogliersi, in tutto il loro spessore valoriale, i migliori principi che animano il sistema punitivo, ma che spesso si trovano a dover soccombere nel difficile equilibrio tra certezza della pena e rieducazione del condannato. La pena deve constare di un trattamento che sia umano e che rispetti la dignità della persona, dovendosi sagomare all'interno di un percorso la cui componente privativa, pure presente, non può sconfinare in uno *status detentionis* che offenda i diritti fondamentali della persona *in vinculis*, quindi la sua dignità, misura di tutti i principi e di tutti i diritti oltre che di tutte le forme di esercizio dell'autorità. Ragione per cui la dignità umana deve rimanere integra anche dentro le mura del carcere; in essa libertà ed eguaglianza si fondono - è stato affermato - e benché le componenti della dignità potranno subire, per motivi di sicurezza, limitazioni, «non si potrà mai accettare che il valore della persona nel suo complesso possa essere sminuito per effetto della restrizione in carcere, nemmeno invocando in contrario il disvalore degli atti delittuosi compiuti dal detenuto»⁶⁹. Sullo sfondo il principio morale del rispetto della persona umana, enunciato da Beccaria e da Kant con la massima che ogni uomo e quindi anche il condannato non va mai trattato come mezzo o cosa, ma sempre come fine o persona⁷⁰. Ne deriva che, al di là di ogni argomento utilitaristico, il valore della persona

⁶⁶ FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 194.

⁶⁷ Cfr. le Regole penitenziarie europee, ove è previsto che «poiché la privazione della libertà costituisce una punizione in sé, il regime dei condannati non deve aggravare le sofferenze inerenti alla detenzione» (regola n. 102.2).

⁶⁸ Norma considerata la più emblematica della svolta ideologica operata dal legislatore del 1975 rispetto al vecchio modo di intendere la posizione del detenuto [...] all'interno dell'universo carcerario da GREVI-DELLA CASA-GIOSTRA, in *Art. 1, Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 3.

⁶⁹ SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, *Intervento*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 2, 1.

⁷⁰ FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, 392.

umana impone una limitazione fondamentale alla qualità e alla quantità della pena⁷¹, contribuendo a fondare la legittimità di uno Stato: uno Stato che uccide o che tortura o che umilia un cittadino non solo perde qualunque legittimità, ma contraddice la sua ragion d'essere mettendosi a livello degli stessi delinquenti.

Dignità e persona allora coincidono giacché eliminare o comprimere la dignità di un soggetto significa togliere o attenuare la sua qualità di persona umana⁷². Concetto che il legislatore ha ribadito nel 2018, con l'innesto ad opera del d.l. 2 ottobre 2018, n. 123, dei co. 3 e 4 nel medesimo art. 1 ord. pen. In essi è stabilito che «ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno» (terzo comma); «negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà» (quarto comma).

L'attuale sistema penitenziario riconosce, quindi, specifiche situazioni soggettive attive in capo ai detenuti e si preoccupa di definire linee e modalità del trattamento penitenziario avendo precipuamente di mira la definizione di una certa posizione del detenuto in quanto destinatario dell'attività di trattamento di fronte agli organi dell'amministrazione⁷³.

Si tratta di un'impostazione che ricalca gli insegnamenti della Corte costituzionale, lì dove considera estranea al proprio ordinamento basato sul primato della persona umana e dei suoi diritti, l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive; lì dove, in tema di funzione della pena, riconosce che questa non può non avere carattere afflittivo di difesa sociale e di prevenzione, ma che, al tempo stesso, tali caratteri costituiscono sì valori con fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata nella Carta fondamentale⁷⁴. Sulla base di tali premesse è stato altresì affermato che è la stessa dignità della persona, «postulando il principio persona-

⁷¹ Ancora FERRAIOLI, *Diritto e ragione*, cit., 393, per il quale è su questo valore che si fonda il rifiuto della pena di morte, delle pene corporali, delle pene infamanti, come anche dell'ergastolo e delle pene eccessivamente lunghe.

⁷² SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., 1.

⁷³ GREVI-DELLA CASA-GIOSTRA, in *Art. 1, Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 5.

⁷⁴ Corte cost. n. 26 del 1999. Cfr. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 429, che, distinguendo la dignità in senso statico e la dignità in senso dinamico, afferma che l'obiettivo della rieducazione è la riacquisizione della dignità intesa in senso dinamico «da ripristinarsi orientando gli atteggiamenti affettivi e relazionali del detenuto verso la riscoperta dell'altrui dignità sociale».

listico, ad esigere che la funzione della pena si legittimi attraverso la finalità rieducativa»⁷⁵.

Sembrerebbe, dunque, che pari dignità sociale e diritti inviolabili, da coniungersi con i doveri di solidarietà sociale, siano i valori fondamentali che la nostra Costituzione estende anche alla persona detenuta⁷⁶.

Legato al principio personalistico che ispira la nostra Carta fondamentale e che impone di considerare l'uomo sempre come fine e mai come mezzo vi è poi il diritto a un percorso rieducativo diretto a restituire spazi di libertà sempre maggiori, e ciò in quanto «la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento»⁷⁷.

Ma, come si sa, l'art. 27, co. 3 Cost. vieta anche che le pene consistano in trattamenti contrari al senso di umanità⁷⁸. I due principi ivi enunciati – si è ricordato prima – vanno letti in un contesto unitario non dissociabile, in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro: necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato, infatti, non può che essere un trattamento penale ispirato a criteri di umanità⁷⁹. È indiscutibile come uno *status detentionis* in condizioni inumane ostacoli la progressiva risocializzazione di chi ne è soggetto, «finendo la pena con l'umiliare il detenuto al quale sono sottratte le condizioni minime di vita dignitosa cui ogni essere umano ha diritto, indipendentemente dai suoi meriti o dai suoi demeriti»⁸⁰. La dignità della

⁷⁵ FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 190.

⁷⁶ FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 188: l'A. afferma che «l'art. 2 è il termometro della dignità, la cui *restitutio in integrum*, anche nella coartazione del carcere, è garantita dalla rieducazione». Secondo RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 35 ss., dallo stato di restrizione dei detenuti nasce l'esigenza di tutelarli maggiormente rispetto alle persone libere.

⁷⁷ Corte cost. n. 149 del 2018.

⁷⁸ In ambito europeo ritroviamo le medesime linee direttrici: l'art. 3 C.E.D.U. vieta la tortura e che le pene consistano in trattamenti inumani e degradanti; all'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oggi incorporata nel trattato di Lisbona, è sancito che nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti; l'articolo 19, par. 2 della Carta dell'UE stabilisce, inoltre, che nessuno può essere consegnato a uno Stato in cui esista un elevato rischio di essere sottoposto tra l'altro a un trattamento inumano o degradante. Sul medesimo solco si stagliano, poi, le previsioni specifiche della Raccomandazione adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006, che sottolineano come non vi possa essere dignità senza il rispetto delle condizioni minime di vivibilità all'interno del carcere inderogabili anche in caso di sovraffollamento carcerario.

⁷⁹ Corte cost. n. 12 del 1966; Corte cost. n. 279 del 2013.

⁸⁰ SILVESTRI, *La dignità umana*, cit., 4.

persona anche in questo caso è protetta dalla Costituzione attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale⁸¹.

Se questo è lo spessore valoriale cui deve conformarsi il sistema penitenziario, l'esperienza purtroppo ci restituisce una realtà assai distante, una realtà definita - a ragione - "patologica"⁸². Oggi il sistema penitenziario soffre un alto tasso di sovraffollamento, a fronte del quale ancora si esita a intervenire con soluzioni immediate, certamente impopolari, ma non più rinviabili. Il nuovo d.l. 4 luglio 2024, n. 92, conv. in legge 8 agosto 2024, n. 112, ne è un esempio⁸³.

L'umiliazione inferta dalla Corte di Strasburgo nel 2013 con la "sentenza Torreggiani"⁸⁴ non è servita evidentemente a cambiare la mentalità di chi persiste nell'avallare politiche penitenziarie basate su logiche che tendono a rassicurare la collettività con l'adozione di misure carcerocentriche. Queste reiterate manovre securitarie hanno contribuito negli ultimi trenta anni, insieme ad altri fattori⁸⁵, ad ostacolare gli auspici rieducativi⁸⁶.

⁸¹ Corte cost. n. 26 del 1999.

⁸² FLICK, *I diritti dei detenuti*, cit., 187, la cui riflessione è attualissima: aggiunge, infatti, come, uno sguardo superficiale alla quotidianità del pianeta carcere dimostri quanto sia forte il contrasto fra la teoria degli obiettivi di rieducazione, legalità e rispetto della dignità, che dovrebbero produrre sicurezza restituendo alla società una persona libera dopo l'espiazione della pena, e una realtà opposta, di fallimento del sistema, di rimozione del problema, di negazione della legalità, della libertà e della sicurezza. Quest'ultima, in particolare, viene confinata e snaturata nell'esclusione del diverso e nell'illusione di una *pax* carceraria sovraffollata, patogena e criminogena, i cui unici obiettivi sembrano ridursi, quando vi si riesce, all'assenza di fughe di rivolte, di autolesionismo e di suicidi.

⁸³ Sul quale, v. GIANFILIPPI, *Il decreto-legge 4 luglio 2024 n. 92 "Carcere sicuro" e le attese del mondo penitenziario*, in www.giustiziainsieme.it, 10 luglio 2024; PALMA, *Angusto, inefficace, in ritardo. Il decreto-legge n. 92/2024*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2024, 791; PELISSERO, *La pervicace volontà di non affrontare i nodi dell'emergenza carceraria*, in www.sistemapenale.it, 18 luglio 2024; TRAPPELLA, *La legge che converte il "decreto carceri": tout va très bien, Madame la Marquise!*, in *Arch. pen. web*, 2024, 3.

⁸⁴ Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

⁸⁵ Si veda l'interessante analisi di PAVARINI, *Processi di ricarcerazione nel mondo. Ovvero del dominio di un certo «punto di vista»*, in *Quest. giust.*, 2004, 2-3, 10 ss.

⁸⁶ Il clima è messo bene in evidenza dal documento finale elaborato dagli Stati Generali sull'esecuzione penale, dove si afferma come «il sistema penitenziario rischi di ritornare a essere, oggi, uno dei perni attorno al quale far ruotare la questione dell'ordine sociale. Spogliato di ogni retorica redentrice e solidaristica, sulla scena tende a restare la nudità della sua essenza, del suo fondamento: sorvegliare e punire, ovvero rendere innocui i delinquenti pericolosi e invisibili i problemi sociali dei soggetti più vulnerabili» (32). È noto l'esito infausto della delega legislativa del 2017 ispirata a tale articolato documento, alla quale è seguita un'attuazione dimezzata che ne ha sterilizzato l'innovativo approccio (si veda al pro-

La pena continua a essere avvertita dalla collettività come necessità sociale e il carcere a essere concepito solo come luogo di sofferenza imposta per fare giustizia, ciò perché l'espressione pena resta connessa all'idea di una afflizione retributiva, perché il punire resterà sempre necessario, perché il bisogno di punizione è soddisfatto dal diritto penale, del quale almeno una quota resterà legata al carcere⁸⁷.

Le conseguenze sono tangibili: un indice di sovraffollamento carcerario notoriamente tra i più alti d'Europa e il rimpianto di una promessa rieducativa impossibile da attuare. A ciò si aggiunga lo spostamento dell'attenzione verso l'umanizzazione della pena e la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti⁸⁸. L'impegno in tale direzione ha contribuito alla formazione, a partire dagli anni '90, di una giurisprudenza umanitaria, che, con lo scopo di imporre un limite legittimo al potere punitivo⁸⁹, è incentrata prevalentemente sul divieto di trattamenti contrari al senso di umanità⁹⁰. Ne è derivato un nuovo assetto delle priorità: non più il recupero del condannato, bensì assicurare una vita detentiva che sia rispettosa della dignità del detenuto. Del resto, mentre una pena

posito l'affresco dei "non più" disegnato da DI CHIARA, *Le terre del rammarico: i cantieri inconclusi del percorso riformatore*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Colamussi, Torino, 2020, 1 ss.).

⁸⁷ Per BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022, XV, «oggi, sotto la grande custodia del costituzionalismo, la penalità è costituita da due grandi sistemi: la giustizia vendicativa basata sulla violenza e che conosce limitazioni, e quella riparativa, non più violenta».

⁸⁸ ANASTASIA, *Le pene e il carcere*, Milano, 2022, 83 ss., secondo il quale tale improvvisa torsione delle Corti supreme verso la tutela della umanità delle persone private della libertà si lega certamente a una maturazione della cultura degli operatori della giustizia e della opinione pubblica nei confronti dei diritti umani dei detenuti (85), ma anche a una trasformazione della società e alla presa d'atto della incapacità di dare attuazione alle finalità rieducative. Ne deriva che il divieto di trattamenti disumani e degradanti si afferma «non certo come principio ancillare della funzione rieducativa della pena, ma come elemento di compensazione della sua inefficienza» (101).

⁸⁹ Si vedano Corte cost., n. 349 del 1993, dove la Corte individua nella "libertà residuale" «l'ultimo ambito nel quale può espandersi la [...] personalità individuale del detenuto», ambito costituito dal nucleo dei diritti fondamentali non necessariamente compromessi dalla privazione della libertà; Corte cost., n. 26 del 1999, che sancisce il primato della persona umana e dei suoi diritti, afferma che la pena è mera privazione della libertà di movimento; Corte cost., n. 266 del 2009 e n. 135 del 2013; Corte cost., n. 279 del 2013, sulla illegittimità dell'art. 147 c.p. nella misura in cui non prevede la possibilità di un rinvio facoltativo della pena in caso di detenzione che debba svolgersi in condizioni inumane e degradanti: la Corte si è espressa a favore della necessità di individuare «un rimedio estremo, il quale, quando non sia altrimenti possibile mediante le ordinarie misure dell'ordinamento penitenziario, permetta una fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario».

⁹⁰ Prima di tale momento la giurisprudenza era impegnata a cercare di definire potenzialità e limiti della tendenziale finalità rieducativa della pena, ignorando il divieto di trattamenti contrari al senso dell'umanità.

contraria al senso di umanità è sempre illegittima, una pena non disumana può essere legittima anche se non tende alla rieducazione. Da qui il rischio, divenuto concreto, di allentare la coesa forza precettiva dei due comandi contenuti nell'art. 27, co. 3 Cost., dei quali solo il primo è percepito come obbligatorio.

Ad aggravare il quadro, il consolidamento di un'ideologia meritocratica del trattamento, che non riconosce alla persona detenuta diritti sociali universali⁹¹, ma solo diritti di libertà meritati, come tali, sacrificabili in nome della sicurezza pubblica. In tale ottica, la "premialità-rieducazione"⁹² è piegata alla logica disciplinare, spostando l'attenzione dall'effettivo cambiamento interiore e sociale del detenuto all'aderenza alle regole carcerarie. Ciò porta a confondere tra adattamento e trasformazione: un detenuto può adattarsi alle norme del carcere senza necessariamente intraprendere un percorso di crescita personale o di riflessione critica sul proprio passato e sul reato commesso. Col risultato che a esserne compromessa è la finalità rieducativa della pena che rischia di essere svuotata di contenuto. Se la concessione dei benefici premiali è legata solo al comportamento osservato all'interno del carcere, e non al progresso effettivo del detenuto nel suo percorso di riabilitazione, si perde di vista l'obiettivo costituzionale della pena, avallando una visione riduttiva della detenzione, vista come semplice controllo della condotta piuttosto che come un'occasione per preparare il detenuto a reintegrarsi nella società in modo costruttivo.

In tale contesto, complice il gioco dei bilanciamenti, la sicurezza finisce per assorbire non solo la rieducazione ma anche la tutela di molti dei diritti dei detenuti⁹³, al punto da intaccare, in nome di prioritarie esigenze di ordine e

⁹¹ ANASTASIA, *Le pene e il carcere*, Milano, 2022, 101.

⁹² Cfr. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, 36, che, in tema di premialità, ricorda come già nella prima fase di applicazione delle misure alternative alla detenzione si fossero sviluppate deviazioni e distorsioni della premialità-rieducazione, al punto che «la sicurezza, l'ordine e la disciplina, fissate quali condizioni per la realizzazione delle finalità del trattamento, ne divengono esse stesse il fine specifico ed il trattamento, da strumento finalizzato all'attuazione del progetto rieducativo, si tramuta in veicolo funzionale alla realizzazione delle condizioni di sicurezza, ordine e disciplina degli istituti penitenziari».

⁹³ Lo sbilanciamento verso la sicurezza è all'origine della deludente riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018. Tra i tanti commenti, con differenti approcci critici, si vedano CAPITTA, *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. pen. web*, 2019, 2, 1 ss.; CESARIS, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giur. pen. web*, 2018, 12, 1 ss.; DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro peni-*

disciplina, finanche quel nucleo essenziale di diritti, considerato dalla Corte costituzionale inviolabile⁹⁴.

Il terreno dove peggio si esprime la sintesi tra istanze securitarie e istanze rieducativo-umanitarie è proprio la gestione della delinquenza pericolosa. La definizione degli spazi della pena all'interno degli istituti penitenziari tra circuiti, sezioni e regimi differenziati, istituiti e regolamentati da circolari disposte dal DAP⁹⁵, è un esempio di quanto la materia della sicurezza sia trattata oltre i confini della legalità, travalicando quel grado di afflittività già insito nello *status detentionis*. A tal proposito, attenta dottrina suggerisce di ragionare sulla praticabilità della duplice riserva imposta dal co. 2 dell'art. 13 Cost.⁹⁶, onde individuare un valido criterio per fissare il *discrimen* tra “mera” modalità esecutiva, la cui afflittività sia già insita nella sentenza di condanna, e istituti in grado invece di produrre un'ulteriore afflittività incidente sulla libertà personale residua, che reclamano le guarentigie dell'art. 13, co. 2 Cost.

Per tale via, il ribaltamento di prospettive in favore di una tutela reale dei diritti fondamentali della persona detenuta dovrebbe perseguirsi e perfezionarsi prevedendo precipui limiti all'esercizio dei poteri autoritativi, funzionali a soddisfare le esigenze di sicurezza interna e esterna, che però trovino nella Carta fondamentale e nella Convenzione europea il luogo giuridico più adatto «a ricercare quei principi che possano fungere non solo da limite funzionale all'agire dell'amministrazione penitenziaria, frenandone l'espansione dei po-

tenziario, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 7 novembre 2018; DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, in *Arch. pen. web*, 2019, 1, 1; DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 19 novembre 2018; FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, in *Il Penalista*, Milano, 2018, 7 ss.; FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 3, 740 ss.; GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di Gonnella, Torino, 2019, 6 ss.; LA ROCCA, *Il progetto “estivo” di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, 210.

⁹⁴ Vedi sul punto MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 436 ss., che dissente dalla tesi che sostiene la fisiologica recessione dei diritti dei detenuti rispetto alla sicurezza collettiva, sostenendo che in tal modo si finirebbe di fatto per rinunciare aprioristicamente all'affermazione della stessa dignità delle persone detenute.

⁹⁵ Volendo, SCACCIANOCE, *Fragilità e situazioni carcerarie tra circuiti, sezioni protette e diritti negati*, cit., 9 ss.

⁹⁶ Lo rileva MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 438, per la quale «se le lamentate deficienze sul versante della riserva di legge, già messe in evidenza, non possono che essere denunciate nella speranza che il legislatore vi ponga rimedio, rimane *de iure condito* ineludibile l'ossequio della riserva di giurisdizione, sia pure nella sua forma “minima” quale controllo *ex post*, attraverso il vaglio giurisdizionale della Magistratura di sorveglianza sull'operato dell'Amministrazione penitenziaria».

teri autoritativi in difesa del contenuto minimo intoccabile dei diritti fondamentali, ma anche da parametro di rango primario su cui basarsi nel difficile bilanciamento tra gli interessi confliggenti in gioco»⁹⁷.

Quel che va ribadito con forza è, in definitiva, che tendere alla rieducazione non vuol dire soltanto il riconoscimento di un mero fine, di un'utopia tendenziale da conciliare in qualche modo con altre più pressanti funzioni della pena, come quelle di sicurezza, di afflittività e di retribuzione. La tendenza alla rieducazione «è l'essenza della pena: non ci può essere pena senza finalità rieducativa». E, come acutamente sottolineato, «ciò non leva nulla all'afflittività e all'esigenza di sicurezza; ma si traduce nel diritto del detenuto e nel suo dovere – in base al principio di solidarietà – ad un percorso rieducativo, di recupero dei valori di convivenza sociale (non solo di ossequio alla legalità formale)»⁹⁸. Del resto, è con la “sicurezza dei diritti” e non con il “diritto alla sicurezza” che si garantisce più “sicurezza pubblica” e, quindi, meno recidiva⁹⁹.

In tale scenario, assumono un fattore dirimente per il raggiungimento di un nuovo equilibrio che si preoccupi anzitutto di garantire le istanze rieducativo-umanitarie, per un verso, il ruolo e le funzioni del giudice della sorveglianza, il cui primo compito è quello di difendere i diritti dei detenuti, per quanto “delinquenti” siano¹⁰⁰; per altro verso, la rivalutazione del concetto, all'apparenza contraddittorio, di libertà della persona detenuta, comprensivo della libertà positiva, «intesa come autodeterminazione del singolo in tutte le direzioni possibili (civili, etico sociali, economiche, politiche)»: un'accezione ampia di libertà personale, non limitata alla libertà fisica ma estesa alla libertà psico-fisica, ispirata al concetto di libertà-dignità e costituente il contenuto mi-

⁹⁷ MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 439 s.

⁹⁸ FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 198.

⁹⁹ Per RUOTOLO, *I diritti dei detenuti nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Système de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, a cura di Severino-Alcaraz, Aix-en-Provence, 2021, 502, «è su questo terreno – che rimanda all'idea della flessibilità della pena – che si può cercare una conciliazione tra la sicurezza dei diritti e la funzione rieducativa».

¹⁰⁰ Si vedano, sul tema, le belle pagine di SANTORO, *Il giudice dei diritti*, in *La giustizia e il senso di umanità*, cit., 193 ss., scritte sulle orme di Margara.

nimo dei diritti fondamentali non incompatibili con lo stato detentivo da riconoscersi alla persona detenuta¹⁰¹.

Questa accezione ampia di libertà si attaglia perfettamente al paradigma della “libertà restituita” che qui si vorrebbe valorizzare per tentare di superare il rigido meccanismo preclusivo per l’accesso alle misure alternative previsto nello schema normativo delineato nell’art. 4-*bis* ord. pen., di recente riformato, e vistosamente in disarmonia rispetto a un sistema che vorrebbe rendere effettivo il principio rieducativo della pena.

6. *Libertà di autodeterminazione e libertà morale del detenuto.* Che tra i diritti inviolabili del detenuto vi sia anche quello alla libertà morale¹⁰² è opinione largamente condivisa.

La libertà morale, da tenere distinta dalla libertà di agire, è libertà di volere, libertà di potere determinare il proprio comportamento senza esterne imposizioni¹⁰³, è libertà di autodeterminazione¹⁰⁴.

Il sistema costituzionale riconosce alla libertà morale un’ampia tutela, sebbene la riconduca nell’ambito delle garanzie dei diritti fondamentali dell’uomo, o delle altre libertà esteriori, assicurando e rafforzando così solo implicitamente la libertà di coscienza o di pensiero e lo sviluppo della libertà di autodeterminazione. La sua tutela viene, dunque, normalmente assorbita da quella che la Costituzione assicura alla libertà esterna che si è sacrificata¹⁰⁵.

Ad esempio, se un imputato viene costretto a parlare quando vorrebbe tacere, in tale caso, malgrado sia indubbia l’offesa indiretta alla sua libertà morale, a venire in evidenza è l’offesa recata al suo diritto di difesa. Ciò per dire che

¹⁰¹ RUOTOLO, *I diritti dei detenuti*, in *La tutela della dignità dell’uomo*, a cura di Checcherini, Napoli, 2008, 141 ss.

¹⁰² Sul diritto alla libertà morale è fondamentale lo studio di VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Scritti Giuridici, Il processo e le libertà*, Milano, 1997, vol. III, 253 ss.

¹⁰³ Solo così intesa – si è affermato – essa può meritare quella autonomia che indubbiamente le compete nel sistema giuridico delle libertà. Autonomia dalle altre due grandi libertà che più spesso sembrano con essa confondersi, vuoi per la loro ampia portata, vuoi per l’importanza che assumono pur sotto punti di vista del tutto differenti in ogni ordinamento giuridico, e cioè la libertà personale e la libertà negoziale (VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 286-289).

¹⁰⁴ Libertà di autodeterminazione significa libertà del singolo «di formare senza costrizioni la propria volontà e di muovere il proprio comportamento esteriore in conformità alle spinte psichiche interne, senza intromissioni e senza la sottoposizione coatta ad introspezioni che ne svelino il concreto funzionamento» (SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 2).

¹⁰⁵ VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 261.

«la libertà morale, anche intesa soltanto come libertà di autodeterminazione, progredisce e sbocca necessariamente nell'offesa a un'altra libertà».

La norma cardine di copertura è l'art. 2 Cost., ove, nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo, v'è un riferimento diretto allo sviluppo della personalità, di cui la libertà morale «è il primo e indefettibile attributo e a un tempo la prima basilare manifestazione»¹⁰⁶.

Un'altra norma da menzionare, per quanto qui interessa, è l'art. 13, co. 4 Cost., prima ricordato, che, nell'ambito della generale tutela della libertà personale, punendo ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà, individua, quale oggetto specifico di tutela, l'integrità fisica e la libertà morale, due interessi, quindi, diversi dalla libertà personale, la cui restrizione in tale caso funge da presupposto per la protezione di questi¹⁰⁷. Nel medesimo articolo sono esplicitati anche i modi di offesa alla libertà morale rintracciabili sia nella violenza fisica diretta¹⁰⁸ sia in quella indiretta (violenza morale)¹⁰⁹. Trattasi delle forme tipiche e immediate di offesa alla libertà morale prese in considerazione dal diritto, alle quali va comunque aggiunta una gamma infinita di modi di offesa mediati, come l'inganno, la suggestione, la seduzione, alcune forme di induzione, la propaganda e la stessa istigazione, specie quando opera su persone che si trovano in stato di soggezione alle autorità, di direzione o vigilanza dell'istigatore o su persone in stato di menomata resistenza psichica, e la intimidazione larvata o indiretta¹¹⁰. Tutte ipotesi che vengono in rilievo, a fini di tutela, solo se insieme alla libertà morale si offende un altro interesse individuale o collettivo.

Non sfugge, del resto, che mentre la libertà personale è una libertà esterna la cui limitazione è facilmente riconoscibile ad occhio nudo, non altrettanto può dirsi della libertà morale. Da qui la ragionevole tendenza «a colpire l'offesa al-

¹⁰⁶ VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 266.

¹⁰⁷ VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 267.

¹⁰⁸ Sebbene la violenza fisica diretta incida sul comportamento esterno del soggetto, la cui volontà può rimanere diversa e opposta alla direzione dell'atto che vien fatto compiere dal suo corpo, è nondimeno vero che nel caso di costringimento fisico la volontà viene dal punto di vista pratico come a essere soppressa e integralmente annullata.

¹⁰⁹ La violenza fisica indiretta ha similitudini con la violenza morale e in particolar modo con la minaccia, e cioè la più tipica e indiscussa delle forme con le quali si vuole attentare alla libertà morale dell'uomo.

¹¹⁰ VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 322-323, che annovera tra le ragioni per cui è difficile esaurire l'elenco dei possibili modi d'offesa della libertà morale essenzialmente la loro ovvia variabilità a seconda della natura e delle condizioni del soggetto destinato a esserne vittima, difficilmente perscrutabili, poiché attengono a uno stato psicologico del soggetto.

la libertà psichica solo quando l'offesa stessa si sia tradotta in una effettiva condotta esterna della vittima»¹¹¹.

Eppure il pensiero individuale è modificabile non solo attraverso processi puramente interiori, ma anche per effetto di circostanze esterne, motivo per cui si tende a ricondurre il problema giuridico della libertà morale in quello del rapporto tra l'individuo e gli altri individui, e, nell'ambito della organizzazione sociale, del rapporto tra l'individuo e lo Stato, individuandone i contenuti oltre che nella libertà del volere, da intendersi come possibilità di scelta tra i vari motivi che suggeriscono all'individuo una condotta, nella libertà di coscienza, nella libertà di pensiero, nella libertà della vita affettiva e nell'inviolabilità della sfera psichica della persona umana. Ne discende una definizione ampia di libertà morale, che include «la libertà di conservare la propria personalità psichica, la libertà di ragionare con la propria testa sia pure aiutata da tutti i mezzi di conoscenza e di diffusione dell'altrui pensiero che le si possono offrire, la libertà di formarsi una propria fede religiosa politica o sociale e di conservarla come di mutarla, la libertà di non vedere né ingannata né coartata la propria coscienza, il diritto a non vedersi ingiustamente imposto un determinato contegno neanche passivo o inerte, il diritto, infine, a formare con motivi propri le proprie determinazioni al punto che, se queste saranno errate, o perché condurranno ad attività contrarie al diritto o perché risulteranno altrimenti contrarie agli interessi del soggetto, il soggetto stesso ne pagherà di fronte al diritto, la società o a sé stesso le conseguenze»¹¹².

Oltre a trovare fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost., nel cui ambito può senz'altro annoverarsi la libertà di autodeterminazione quale diritto inviolabile dell'uomo¹¹³, la tutela della libertà morale trova riscontro nei vari divieti di ogni forma di tortura, di violenza o di pressione fisica e psicologica, previsti

¹¹¹ VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 326, per il quale una totale o quasi totale privazione della libertà morale può essere dal diritto penale riconosciuta in via astratta e assoluta solo quando ogni altra libertà sia tolta alla vittima sì da essere questa anche esteriormente riconoscibile come totalmente soggetta ad altrui potere.

¹¹² VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 306-307.

¹¹³ MAZZA, *L'interrogatorio*, cit., 28; vedi anche DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 305. In Corte cost. n. 229 del 1998 si afferma che la libertà morale rappresenta una diretta applicazione dell'articolo 2 Cost.

sia in ambito europeo e sovranazionale¹¹⁴, sia in ambito costituzionale¹¹⁵ e sia ancora, a livello codicistico, sul piano sostanziale e processuale¹¹⁶.

Nel campo penitenziario, il diritto alla libertà morale si estrinseca anzitutto nella necessità che il trattamento rieducativo non sia imposto al condannato¹¹⁷ ma attuato con il suo consenso, costituendo, l'autodeterminazione del soggetto detenuto, un requisito funzionale all'esito positivo dell'azione rieducativa¹¹⁸. È quindi un diritto che si manifesta in modo particolare nella scelta del condannato riguardo al suo percorso rieducativo: affinché questo sia efficace, è necessario che la persona detenuta partecipi attivamente e volontariamente al processo riabilitativo. Il consenso, per tale via, diventa requisito funzionale per il successo dell'azione rieducativa, in quanto solo attraverso l'adesione consapevole si può innescare un cambiamento reale nella persona¹¹⁹. In ciò si

¹¹⁴ Viene in rilievo anzitutto l'art. 3 C.E.D.U., poi l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ancora l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, l'art. 1 della Convenzione internazionale contro la tortura e gli altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti.

¹¹⁵ L'art. 13, co. 4 Cost.: «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

¹¹⁶ Sul piano sostanziale il riferimento va naturalmente all'art. 613-bis c.p., ove al primo comma si legge: «chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona». Invece, gli articoli di riferimento del codice di rito sono gli artt. 188 e 64, co. 2 c.p.p.; anche nell'art. 189 c.p.p. il presidio alla libertà morale della persona trova un significativo riconoscimento.

¹¹⁷ Corte cost. n. 149 del 2018: la funzione rieducativa non è sacrificabile sull'altare di qualunque altra, pur legittima, funzione della pena, ma al contempo il trattamento rieducativo potrebbe soltanto essere offerto e mai imposto autoritativamente al detenuto condannato.

¹¹⁸ Secondo PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 222-223, è questo il significato da attribuire alla norma di apertura dell'ordinamento penitenziario laddove si dice che il trattamento penitenziario deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Afferma l'A. che «tramontato il mito del modello correzionale e con esso tutte le tecniche di coattivo orientamento della personalità, il trattamento intramurario è ora interamente proteso alla consapevole responsabilizzazione del condannato» e «gli operatori penitenziari sono chiamati fin dall'inizio del loro intervento a cercare la collaborazione del condannato nella consapevolezza che il processo di modificazione della personalità può essere promosso e non imposto».

¹¹⁹ Per BONOMI, *Il diritto/dovere alla rieducazione del detenuto condannato e la libertà di autodeterminazione: incontro o scontro?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 3 marzo 2019, 10: «la funzione rieducativa della pena non può tramutarsi nel tentativo di imporre al condannato detenuto, attraverso pratiche influenti sul suo inconscio e comunque capaci di prescindere dalla sua libertà psichica, determinati valori

identifica la dimensione negativa del diritto alla rieducazione che si fonda sull'adesione consapevole e libera del detenuto.

Si vedrà, tuttavia, come il diritto alla libertà morale trovi un limite nel momento in cui il condannato si trovi a dovere scegliere se assumere un comportamento passivo rispetto a esplicite sollecitazioni a collaborare con la giustizia senza, per ciò, subire conseguenze negative circa la sua possibilità di accedere alle misure alternative al carcere. La tutela della libertà morale del detenuto dovrebbe, infatti, preservare anche la sua dignità e la sua autonomia decisionale; autonomia che, in tali situazioni, sembra invece subire attacchi più o meno espliciti.

La libertà morale del detenuto implica, in vero, il diritto di scegliere liberamente se offrire un "aiuto" agli organi di giustizia; aiuto che indebitamente viene posto come condizione per il progresso e il completamento del percorso trattamentale, nonostante la disponibilità a fornire informazioni o testimonianze utili per l'accertamento di fatti criminosi non abbia niente a che spartire con la prospettiva rieducativa. Una scelta, in altri termini, forzata attraverso implicite minacce di subire un trattamento peggiorativo laddove si opti per l'opzione alternativa, ossia quella di non collaborare. Emerge, con tutta la sua drammaticità, il problema dell'esercizio - non libero - del diritto del detenuto a rimanere in silenzio, un diritto inviolabile che rientra nel più ampio spettro delle garanzie costituzionali. Infatti, il diritto al silenzio, come si è detto, tutela l'individuo dal rischio di autoaccusarsi o dall'essere costretto a collaborare con le autorità contro la propria volontà, riflettendo il principio per cui nessuno può essere obbligato a testimoniare contro sé stesso.

7. Autodifesa passiva del condannato, nemo tenetur se detegere e collaborazione premiata. «Nessuna forma di esercizio della difesa sarebbe tale se non fosse il frutto di una scelta libera e consapevole»¹²⁰. L'assunto mette in rilievo lo stretto legame che intercorre tra il diritto alla libertà morale e il diritto di difesa¹²¹. Ed è in forza di questo nesso che dall'inviolabilità del diritto di difesa

ideologici (culturali o sociali o etici o religiosi) a preferenza di altri: non si può tollerare alcuna forma di menomazione o di alterazione o di condizionamento».

¹²⁰ MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 28.

¹²¹ «Il diritto di difesa costituisce la proiezione nel processo di quegli attributi di libera determinazione, autonomia e autoresponsabilità che assistono l'individuo in ogni settore della vita sociale» (DOMINIONI,

enunciata nell'art. 24, co. 2 Cost., da un lato, e dal principio personalistico accolto dalla Costituzione, dall'altro, si è ricavato il fondamento del *se detegere*¹²², ravvisando nel diritto di difesa anche quella componente negativa, rappresentata dal diritto di non essere obbligato a fornire prove della propria eventuale colpevolezza, di non essere quindi obbligato ad autoincriminarsi¹²³. Lo sottolinea anche la Corte costituzionale, riconoscendo l'implicita attinenza del *se detegere* ai contenuti dell'articolo 24, co. 2 Cost. e definendolo un principio cardine del nostro sistema processuale, corollario essenziale del diritto di difesa¹²⁴.

L'incontrovertibile sua valenza sistematica e ordinamentale, secondo una parte della dottrina, sembra avere trovato un sigillo con la riscrittura dell'art. 111 Cost., dove al quarto comma si attribuisce all'imputato, sia pure al fine di dettare una regola di esclusione, la titolarità di una libera scelta che può risolversi nel sottrarsi al controesame esercitando lo *ius tacendi*¹²⁵. Da altra prospettiva, c'è chi legge nella norma in questione una garanzia per la realizzazione del principio del contraddittorio, assicurando la formazione dialettica della prova rispetto a tutti i soggetti e riducendo contestualmente al minimo le ipotesi in cui gli stessi possano legittimamente sottrarsi al confronto con le parti interessate¹²⁶.

La qualità d'imputato, in Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi, Milano, 1985, 153).

¹²² MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., afferma: «da tempo l'autodifesa è considerata come una incoercibile manifestazione dell'istinto di libertà e quindi si è ritenuto iniquo e inumano assoggettarla a vincoli giuridico morali riconoscendo il principio generale *nemo tenetur se detegere* o, più latamente, nessuno può essere costretto ad agire a proprio danno». Il principio *nemo tenetur se detegere* vale per l'A. a identificare sinteticamente le facoltà sottese al diritto di autodifesa direttamente rilevanti in sede di interrogatori. In particolare, il riferimento è sia a quell'aspetto dell'autodifesa attiva rappresentato dalla facoltà per l'imputato di essere presente con le proprie discolpe senza obblighi di verità, sia all'autodifesa passiva intesa come facoltà di difendersi da sé o comunque come facoltà di non fornire elementi in proprio danno.

¹²³ Corte cost. n. 34 del 1973, ove si sottolinea che lo scopo del diritto al silenzio è quello di rafforzare la libertà morale dell'imputato per sollevarlo dallo stato di soggezione psicologica in cui possa venire a trovarsi al cospetto dell'autorità e per porlo al riparo da eventuali pressioni che su di lui possano essere esercitate.

¹²⁴ Corte cost. n. 267 del 1994; Corte cost. ord. n. 291 del 2002.

¹²⁵ AMODIO, *Giusto processo diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, 3589; *contra* MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 64.

¹²⁶ PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 146.

Eppure, nonostante il diritto al silenzio trovi il suo fondamento nell'art. 24, co. 2 Cost., che sancisce l'inviolabilità del diritto di difesa, facente parte del nucleo stretto di norme inderogabili *ex art. 2 Cost.*, tuttavia la sua insindacabilità e incoercibilità non può affermarsi come assoluta. Sono note, infatti, le restrizioni all'esercizio dell'autodifesa passiva introdotte dal legislatore del 2001, in attuazione dei principi del giusto processo, allorché, privilegiando le esigenze di accertamento e di non dispersione delle prove, ha finito col ridimensionare lo *ius tacendi* sul fatto altrui per favorire il diritto dell'imputato al confronto col proprio accusatore, quale diretto corollario del principio del contraddittorio nella formazione della prova¹²⁷. A sollevare incertezze per l'impatto sulla sfera della libertà dalle autoincriminazioni, la regola dettata dall'articolo 64, co. 3 c.p.p., che, nel prevedere che il dichiarante assume la qualità di testimone relativamente ai fatti che concernono la responsabilità di altri, sembra configurare un obbligo testimoniale dell'imputato, ancorché nella forma assistita, e ciò, indipendentemente dal tenore positivo o negativo delle dichiarazioni rese rispetto all'altrui responsabilità¹²⁸. La scelta di assegnare obblighi testimoniali all'imputato, in vero, può sacrificare sensibilmente i contenuti processuali della libertà dalle autoincriminazioni, riconosciuta a tutti i testimoni dall'art. 198, co. 2 c.p.p.¹²⁹.

Ad ogni modo, resta indiscusso che, a livello teorico, il diritto al silenzio, in quanto massima espressione dell'atteggiamento di non collaborazione con l'autorità procedente, è una scelta autodifensiva che consiste in un non fare,

¹²⁷ Secondo MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 341, le dichiarazioni eteroaccusatorie rivestono sempre una potenziale rilevanza anche per la posizione dell'imputato dichiarante. Sulla contrapposizione tra il diritto a difendersi provando e il diritto a difendersi tacendo, si vedano anche CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 92; TONINI, *Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 836 ss.; VIGONI, *Ius tacendi e diritto al confronto dopo la l. n. 63 del 2001: ipotesi ricostruttive e spunti critici*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 87.

¹²⁸ PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 192, per la quale l'obbligo di rispondere rappresenterebbe l'ipotesi "fisiologica" di un sistema che ha scelto di puntare sulla centralità del contraddittorio per la formazione della prova, a fronte di una facoltà di tacere giustificata solo in via eccezionale.

¹²⁹ Sottolinea DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1028, la irresistibile tendenza del legislatore a volere trasformare l'imputato in un collaboratore del pubblico ministero. Dubita della compatibilità con l'art. 111 Cost. anche ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, 389, per il quale l'obbligo di collaborazione dell'imputato rappresenta una degenerazione inquisitoria. Sostiene invece che sia una conseguenza necessaria della riforma dell'art. 111 Cost. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 138.

da contrapporsi all'altra faccia dell'autodifesa di segno positivo, che è l'agire¹³⁰. In entrambi i casi la scelta se restare in silenzio o parlare deve essere una scelta libera, pertanto, non eteroguidata; inoltre, deve risultare chiaramente il fatto positivo di essere autodeterminata, non essendo sufficiente il fatto negativo di non essere determinata¹³¹. Insomma, deve trattarsi di una scelta priva di *vis compulsiva*, cioè di quella violenza morale, nella quale può farsi rientrare la minaccia, diretta, ad esempio, a indurre il soggetto a compiere un atto in cambio di un premio o per evitare un pregiudizio peggiore¹³². Eppure non può celarsi come, poiché nessun indagato o accusato avrebbe interesse o sarebbe stimolato a rendere dichiarazioni auto accusatorie se non in vista di qualche più o meno implicito vantaggio o nel timore di qualche più o meno esplicito pregiudizio, si prefiguri così una sorta di trappola che costringe l'imputato/indagato a cooperare. Al riguardo si è parlato di modello processuale c.d. cooperatorio, in cui il pubblico accusatore mira a una ricostruzione dei fatti perseguita mediante l'ossessiva ricerca delle confessioni e delle chiamate in correità¹³³. La drammatica stagione di Tangentopoli ne costituisce un esempio emblematico: in quel periodo l'organo inquirente, con metodi investigativi non ortodossi, si servì del potere cautelare per esercitare pressioni al fine di ottenere confessioni o delazioni, che venivano ricambiate con laute ricompense¹³⁴, in spregio alle garanzie processuali e al modello di accertamen-

¹³⁰ MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato*, cit., 3 s., che ricorda come diritto al silenzio e dovere di collaborazione siano le due coordinate di una diade che ha animato il dibattito dottrinale per tutto il XIX secolo e anche oltre. La svolta è avvenuta con la legge 5 dicembre 1969 n. 932 che, nel modificare l'articolo 304, co. 3 c.p.p. 1930, per un verso, sanciva espressamente quella facoltà di non rispondere, da considerare il profilo in cui meglio si esprime il significato del *nemo tenetur se detegere*, per altro verso, rendeva manifesto che nell'interrogatorio dovesse riconoscersi essenzialmente un mezzo diretto a consentire l'autodifesa dell'interrogato. Conquista ribadita dal codice del 1988: il legislatore delegante al punto 5 della delega imponeva al delegato una disciplina delle modalità dell'interrogatorio in funzione della sua natura di strumento di difesa. Invece meno esplicito è stato sul diritto al silenzio.

¹³¹ MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato*, cit., 9, che ricorda, citando Bobbio, come una volontà non determinata sarebbe una volontà inesistente (BOBBIO, *Libertà*, in *Enciclopedia del 900*, 1978, 3, 999).

¹³² VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 318.

¹³³ Cfr. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 193, che intende per modello processuale "cooperatorio" un modello «accentuato e piegato in una logica "contrattualistica" o "mercantilistica"» e con una procedura «impernata sempre più sulle confessioni-delazioni, intese come strumento principe dell'indagine e delle prove».

¹³⁴ Rammenta CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 2000, 1085, che durante la stagione di Tangentopoli «una dichiarazione autoaccusatoria,

to¹³⁵. Un tipo di premialità che sconfinava dal terreno del diritto sostanziale e investe piani eccentrici rispetto all'offesa o al senso della punizione, con serie ricadute sul principio di legalità e sui rapporti tra diritto penale e processo: istituti di diritto sostanziale vengono piegati per scopi prettamente processuali, come quelli dell'accertamento del reato e dell'individuazione dei responsabili¹³⁶. Perseguire interessi legati allo svolgimento e agli esiti del giudizio penale determina, invero, il ribaltamento del rapporto tradizionale tra diritto e processo, che vuole quest'ultimo 'servente' all'applicazione del diritto sostanziale e non il contrario; inoltre, quando per disgregare un fenomeno criminale di dimensione sistemica dall'interno si ricorre alla promessa del premio in cambio della volontaria collaborazione processuale del reo, si rischia di piegare il sistema premiale a un uso politico-criminale del processo, distorcendone la relativa struttura portante in senso inquisitorio. Come si è detto in altra sede, non v'è niente da obiettare se effettivamente i vantaggi si dirigono verso chi di propria iniziativa offre il proprio contributo alle indagini. Le cose cambiano se, invece, quello stesso premio-incentivo diventi uno strumento di cui si serve subdolamente l'organo inquirente per ottenere la collaborazione dell'indagato¹³⁷. Il segmento processuale che meglio si presta a tale distorsione è certamente quello cautelare coercitivo, ma non lo è da meno quello dell'esecuzione penale. Il ricorso a norme di collaborazione premiale è, come noto, una pratica ancora più risalente, inaugurata per fronteggiare il terrorismo e poi adattata per contrastare il crimine organizzato¹³⁸.

Il problema si pone quando, dietro la scelta politico-criminale di concedere vantaggi in cambio della collaborazione, si favoriscano trattamenti polarizzati in nome di quella ideologia "cooperatoria", prima ricordata.

La posta in gioco è, infatti, il canone del *nemo tenetur se detegere*, nella sua declinazione di diritto a non collaborare, che rischia di tramutarsi in obbligo

meglio se di terzi, salvava dal carcere» e «il carcere veniva meno in presenza di una dichiarazione *contra se*».

¹³⁵ Sul tema, sia consentito rinviare a SCACCIANOCE, *Clausole di tenuità sanzionatoria e di non punibilità: criticità e rischi della collaborazione processuale*, in *Il processo penale per i delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Scalfati, Bari, 2024, 95 ss.

¹³⁶ PULTANÒ, *Tecniche premiali tra diritto e processo penale*, in *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 77.

¹³⁷ SCACCIANOCE, *Clausole di tenuità sanzionatoria*, cit., 115.

¹³⁸ In materia di strategie premiali di contrasto al terrorismo e alla mafia, v. MAGGIO, *Le costanti processualpenalistiche nel contrasto al terrorismo e alla mafia*, in *DisCrimen*, 12 giugno 2019, 14 ss.

di collaborare. La presenza di coefficienti valutativi capaci di influenzare il contegno del condannato, in fase esecutiva, innesca dinamiche autoritarie in forza delle quali l'autodifesa - e il silenzio, che di questa ne è espressione - entra in crisi, mettendo il condannato davanti a scelte da cui potrebbero derivare conseguenze decisive: collaborare e vedere la luce della libertà oppure non collaborare e restare nel buio del carcere. Ebbene, poiché il diritto al silenzio «non tutela solo dal rischio di autoaccusarsi ma, più in generale, tutela il diritto alla libera scelta dei comportamenti processuali da adottare e cioè “la libertà di autodeterminazione”»¹³⁹, occorre domandarsi se la scelta di autoaccusarsi o di accusare altri possa dirsi effettivamente libera quando incoraggiata dal premio¹⁴⁰. La distorsione più macroscopica si verifica se al reo si prospetti un'alternativa tra due trattamenti opposti, uno favorevole e uno sfavorevole. È certo che la duplice prospettiva (se confessi ti premio, altrimenti ti punisco più severamente) è destinata a pesare sul suo comportamento. La libertà di non collaborare dovrebbe significare diritto o facoltà a non cooperare con l'autorità procedente senza per questo subire particolari conseguenze negative nella propria sfera soggettiva.

8. *Le diverse forme di collaborazione del detenuto tra premi, incentivi, ricatti e castighi.* Si è visto come nel nucleo di libertà residua da assicurare alla persona detenuta debba farsi rientrare il diritto alla libertà morale, nella sua declinazione di diritto all'autodeterminazione, *id est* diritto a non collaborare. L'assunto, a primo acchito, sembrerebbe stridere con il dovere di collaborazione richiesto al condannato sin dal momento del suo ingresso nell'istituto penitenziario ospitante. Tuttavia, è bene sgombrare il campo da eventuali equivoci: la condotta collaborativa che il condannato è tenuto ad assumere nei confronti dell'amministrazione penitenziaria è cosa ben diversa dalla collaborazione, quale esplicitazione del suo diritto all'autodifesa (attiva). Sono due forme di interazione con le 'autorità' che il condannato può assumere duran-

¹³⁹ Così CORSO, *Diritto al silenzio*, cit., 1084, a proposito dell'istituto di cui all'art. 63, co. 2 c.p.p. Secondo MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 383 e 388 è necessario «riconoscere al *nemo tenetur se detegere* tutta la sua portata anche prima dell'inizio del procedimento penale», così qualificando la facoltà di non autoincriminarsi «come una garanzia insopprimibile in qualunque rapporto con i pubblici poteri»; cfr., anche, LUPARIA, *La confessione dell'imputato*, cit., 169.

¹⁴⁰ Cfr. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 359, che rileva come anche la confessione ottenuta prospettando i benefici a essa connessi non possa dirsi frutto di una libera scelta.

te la sua detenzione, ma che si differenziano per natura, finalità, conseguenze e implicazioni.

La collaborazione con l'amministrazione penitenziaria attiene al comportamento della persona detenuta all'interno del penitenziario in vista della sua ri-socializzazione, quindi alla partecipazione attiva ai programmi rieducativi previsti dal percorso detentivo (corsi, terapie, attività lavorative, etc.), al rispetto delle regole carcerarie (buona condotta, rispetto verso il personale e gli altri detenuti) e al suo impegno nel processo di risocializzazione, dando prova della volontà di cambiamento e della disponibilità a rispettare i valori fondamentali della vita sociale. Da tale angolo prospettico, questa forma di collaborazione è principalmente volta a migliorare il percorso individuale del detenuto, facilitare la sua vita in carcere e, in alcuni casi, accelerare l'accesso ai vantaggi penitenziari. Essa, non implica necessariamente l'interazione con l'autorità giudiziaria, svolgendo un ruolo di fondamentale rilievo nella sola dimensione rieducativa e gestionale della comunità carceraria.

La collaborazione con la giustizia, invece, riguarda la cooperazione "utile" del detenuto con l'autorità giudiziaria (organi investigativi e inquirenti), consistente nel fornire informazioni utili alle indagini o ai processi per smantellare reti criminali (mafia, terrorismo, traffico di droga), nel denunciare i complici, fornire dettagli su delitti passati, aiutare le autorità a prevenire nuovi reati, nonché testimoniare contro gli *ex* compagni del crimine o gli associati delle organizzazioni criminali. In questa ottica, la collaborazione è chiaramente strumento di lotta alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, che, avvalendosi come contropartita di istituti di impronta premiale-rieducativa, quali sono le misure alternative, persegue esigenze di difesa sociale e di investigazione. Tale forma di collaborazione può aprire la strada verso significative riduzioni dei tempi di detenzione, garantendo l'accesso ai benefici penitenziari che, come si sa, nel caso di reati ostativi gravi, sarebbe altrimenti negato o comunque difficile da conseguire.

Alla base di entrambe le forme di collaborazione v'è la logica della premialità che, nella fase dell'esecuzione, dovrebbe operare per indurre comportamenti considerati solo auspicabili¹⁴¹. Invece, in un caso, si incoraggia la collaborazio-

¹⁴¹ «Il sistema penitenziario ben si presta ad essere sede privilegiata di collocazione della premialità», così PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, cit., 14 s., che distingue la premialità-gestione, propria dei sistemi penitenziari dell'800, imperniati sul binomio premio-punizione (due strumenti che regolano il grado di conformità alle regole disciplinari e permettono di modulare il livello di

ne del detenuto alle attività di trattamento, in modo da provocare l'adesione e la partecipazione alla proposta rieducativa, sebbene, come sopra si è accennato, la logica disciplinare del carcere spesso ingloba l'aspetto rieducativo, trasformando l'incoraggiamento alla collaborazione nel trattamento in un semplice adattamento alle regole interne dell'istituzione. Di conseguenza, la premialità legata alla rieducazione si trasforma spesso in una ricompensa per il buon comportamento, finalizzata al mantenimento dell'ordine all'interno del carcere. Nell'altro caso, si incoraggia la collaborazione con gli organi di giustizia per ragioni meramente utilitaristiche, obiettivi preventivi, investigativi, e repressivi che il sistema non è più in grado di svolgere in modo fisiologico, e che niente hanno a che vedere con il giudizio prognostico di non recidività richiesto per accedere ai vantaggi penitenziari, rispondendo piuttosto «a una logica governamentale di premi e castighi»¹⁴². In mancanza di collaborazione è quasi certo che si soffrirà un regime carcerario più afflittivo.

Se nella prima forma di collaborazione si pone il problema di ristabilire le distanze tra disciplina e rieducazione, cercando di evitare che la buona condotta assuma rilevanza assorbente nel giudizio volto a vagliare l'adesione al trattamento e i suoi progressi, nella seconda si pongono nuovi problemi. Qui la questione non riguarda le interferenze delle ragioni del carcere con quelle rieducative della pena, bensì le interferenze tra le ragioni processuali-investigative e le libertà del condannato, *id est*, le interferenze del processo sulla pena¹⁴³.

afflittività del regime detentivo, sia in senso positivo che negativo), dalla premialità rieducativa, introdotta con la riforma del 1975, che si concentra sull'aspetto rieducativo, con l'obiettivo di incentivare il processo di risocializzazione del detenuto, secondo una prospettiva di prevenzione speciale, come delineato dall'art. 27, co. 3 Cost.

¹⁴² Incentivazione e repressione costituiscono il duplice fronte sul quale agisce il legislatore penitenziario: adattando gli istituti premiali-rieducativi (misure alternative) e potenziando gli strumenti di gestione di stampo neutralizzativo (sospensione delle regole di trattamento *ex art. 41-bis* ord. pen.), riesce a mettere a punto un efficace meccanismo di sollecitazione verso la collaborazione che fa leva sul raffinato gioco di inasprimenti e allentamenti punitivi (in tal senso PRESUTTI, "Alternative" al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di A. Presutti, Milano, 1994, 63).

¹⁴³ Cfr. GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in *Studi Senesi*, 2013, CXXV, 26, che considera la legislazione premiale in materia di criminalità organizzata uno dei fenomeni in cui il processo interferisce sul valore della penality. Secondo l'A. finché l'interferenza processuale, consistente nell'offerta di un contributo probatorio, produce effetti *in bonam partem, nulla quaestio*, altro discorso è quando alla mancata collaborazione

Fatte le dovute precisazioni, la riflessione si occuperà di quest'ultima forma di collaborazione, il cui legame con una premialità per così dire penitenziaria solleva una serie di interrogativi¹⁴⁴. Si proseguirà nell'indagine cercando di verificare se la valenza indiscussa del diritto al silenzio dell'imputato/indagato possa espandersi sino a trovare un riconoscimento anche nella fase dell'esecuzione della pena e di conseguenza se il condannato a pena detentiva possa avvalersi dello *ius tacendi* senza che ciò lo esponga ad aggravati sanzionatori, altrimenti illegittimi. Al centro dell'analisi la peculiare situazione di coercizione in cui si trova il condannato per uno dei reati contemplati nel catalogo di cui all'articolo 4-*bis* ord. pen. quando chiede l'accesso ai benefici penitenziari, o alle misure alternative alla detenzione o ancora alla libertà condizionale. Come noto, l'art. 4-*bis* ord. pen. è stato riscritto dal legislatore del 2022 su monito della Corte costituzionale, che più volte è stata chiamata a esprimersi circa la sua conformità a Costituzione. In tali occasioni la Corte ha addotto taluni argomenti che appaiono estremamente utili per risolvere la questione sopra posta. Ripercorrerli consentirà, anzitutto, di cogliere l'inclinazione e il tipo di approccio prescelto dal giudice delle leggi, onde stabilire se la Corte sia più propensa ad accogliere un orientamento espansivo del diritto al silenzio, o viceversa più favorevole ad assumerne uno elusivo. Un terreno fertile, dunque, dal quale muovere per avanzare alcune ipotesi interpretative idonee a incoraggiare nuove soluzioni.

processuale si associa la preclusione alla fruizione dei benefici penitenziari, sulla base di presunzioni di pericolosità individuale, discutibili e finanche sospette, ma insuperabili.

¹⁴⁴ Per FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una controriforma che urta con la Costituzione e con la Convenzione Europea*, in *Cass. pen.*, 2002, 30, la sanzione penale finisce per assumere «una inequivoca funzione di incentivo alla collaborazione processuale», esorbitante rispetto «alla finalità rieducativa costituzionalmente imposta»; l'Autore ipotizza anche una lesione della libertà morale della persona, tutelata dall'art. 188 c.p.p. attraverso il divieto di «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione». In dottrina si è parlato al riguardo di «un efficace meccanismo di sollecitazione verso la collaborazione investigativa che fa leva sul raffinato gioco degli inasprimenti e degli allentamenti punitivi» (così PRESUTTI, «*Alternative*» al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di Presutti, Milano, 1994, 63 s., 83 ss.); di «promuovere legalmente - non senza riserve dal punto di vista della funzione di indirizzo comportamentale che compete al diritto - un meccanismo in cui il vantaggio di un individuo viene *tout court* ottenuto attraverso il danno di un altro», mentre sullo sfondo la pena «resta per sé costruita come inflizione di un male» (senza peraltro dimenticare che «la legge non ritiene, salvo poche eccezioni, di fissare obblighi di denuncia per il cittadino»); EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, 277.

È indubbio che il penitenziario sia il luogo nel quale si presentano, più vistose, le degenerazioni di un modello premiale piegato a obiettivi propri del processo penale¹⁴⁵. Il rischio infatti è quello di far degradare le misure alternative alla detenzione a “merce di scambio” con conseguente svilimento dell’ideologia rieducativa e consolidamento della differenziazione dei regimi e dei trattamenti.

La leva utilizzata è quella del rigore punitivo insito nell’art. 4-*bis* ord. pen., potente arnese normativo convertito in arma di ricatto allo scopo di indurre il condannato a collaborare¹⁴⁶. Il trattamento differenziato ivi previsto, infatti, si risolve in un regime estremamente severo a norma del quale chi decide di non collaborare è inesorabilmente destinato, se condannato all’ergastolo, a restare in carcere a vita. In questo caso, la “libertà restituita”, nell’accezione che si è formulata, viene negata anche in presenza di meritevolezza soggettiva e in assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, in forza di automatismi che, nonostante la trasformazione della presunzione che ne è alla base da assoluta a relativa, restano difficilmente superabili; viceversa coloro che scelgono di collaborare con la giustizia, ne avranno accesso privilegiato, in forza anche qui della presunzione che collega il contegno cooperatorio a una sicura rescissione o comunque all’allontanamento dal crimine organizzato. Non sfugge che un simile meccanismo perverso converte ciò che dovrebbe essere una scelta libera e consapevole in un vero e proprio obbligo, tradendo

¹⁴⁵ Sul punto v. BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, cit., 81, secondo il quale «il disvalore della condotta oggettiva cede il passo all’iper valutazione dell’atteggiamento processuale e carcerario: a ciascuno la «sua» pena, a ciascuno il «suo» carcere»; DONINI, *Le logiche del pentimento*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Napoli, 2011, vol. II, 928, che così rileva con efficacia: «non è un recesso attivo, questo, ma molto di meno e molto di più: è di meno, in quanto non è necessario che l’evento o il fatto sia neutralizzato. Anzi. Il reato è sicuramente (stato) commesso. È, tuttavia, di più di un recesso, perché si pretende la delazione dei correi, fino all’aiuto a individuare il loro profitto»; PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 537 s. ove afferma che sullo sfondo vi sarebbe la stessa logica che sta a base dell’inquisizione, sebbene in versione «soave», che, intervenendo direttamente sull’imputato, «lo spinge a trasformarsi in mezzo di prova, a rendersi cooperatore attivo della ricerca processuale sotto la pressione di stimoli adeguati»; ID., *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 2, 420, che parla di dis-funzionalità rispetto alla prevenzione generale: il sistema dimostra di essere incapace di fronteggiare autonomamente il crimine, scendendo a patti col delinquente; PULITANÒ, *Tecniche penali tra diritto e processo penale*, cit., 77; RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2022, 337 ss.

¹⁴⁶ Cfr. Corte cost. n. 239 del 2014 dove è scritto a chiare lettere qual è la *ratio* del meccanismo ostativo dell’art. 4-*bis* ord. pen.: «l’obiettivo di incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia» quale «strumento essenziale per la lotta alla criminalità organizzata».

per tale via la sua reale funzione, quella, cioè, di punire la non collaborazione. Come efficacemente affermato, l'imputato è messo di fronte a «una non-scelta tra delazione e carcere duro»¹⁴⁷.

9. *Il “tranello” ostativo: gli ultimi approdi di una storia di presunzioni e automatismi.* Non si intende qui ripercorrere l'iter legislativo e i numerosi arresti giurisprudenziali che hanno riguardato l'art. 4-bis ord. pen. L'analisi si limiterà a richiamare soltanto gli ultimi approdi di una lunga storia di preclusioni e automatismi¹⁴⁸ che ha di recente impegnato il legislatore in un *restyling* della norma, la quale sin dalla sua introduzione nell'ordinamento penitenziario ha sollevato varie perplessità, accendendo vivaci polemiche, ancora per nulla sopite.

L'incapacità del Parlamento di approvare una legge di riforma sollecitata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza-monito n. 97 del 2021¹⁴⁹, da un lato, e i tempi prossimi alla scadenza nonostante le proroghe di un giudice delle leggi

¹⁴⁷ Così efficacemente BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, cit., 119.

¹⁴⁸ A fronte di una letteratura assai copiosa, si rinvia, senza nessuna pretesa di esaustività, agli scritti più recenti che si apprezzano anche per l'approfondita ricostruzione storica dell'istituto in oggetto: FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1; GALLIANI-PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, 4; LONATI, *Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: un'attesa lunga trent'anni*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 1; MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del cd. doppio binario*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, a cura di Maiello, Torino, 2015, 241 ss.; MAGI-PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020; SIRACUSA, *La “moralità” dell'ergastolo c.d. “ostativo” per i fatti di mafia*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 1, 192 ss.; SIRACUSANO, *Il «doppio binario» penitenziario*, in *La legislazione antimafia*, a cura di Mezzetti-Lupària, Bologna, 2020, 1043 ss. Per un commento articolato della norma, cfr. CARACENI, *Art. 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa-Giostra, VI ed., Padova, 2019, 38 ss.; MARANDOLA, *Art. 4-bis*, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di Fiorentin-Siracusano, Milano, 2019, 45 ss. Tra le opere collettanee, v. *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, a cura di Brunelli-Pugiotto-Veronesi, in *Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna*, 10, 2019; *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, a cura di Brunelli-Pugiotto-Veronesi, in *Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna*, 4, 2020.

¹⁴⁹ Corte cost., ord. 15 aprile 2021, n. 97. Tra i primi commenti v. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in www.sistemapenale.it, 25 maggio 2021; GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte Costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in www.giustiziainsiem.it, 20 maggio 2021; GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in www.questionegiustizia.it, 27 maggio 2021.

che ha deciso di non decidere¹⁵⁰, dall'altro, hanno portato il governo a varare il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, poi convertito nella L. 30 dicembre 2022, n. 199, con cui si è messo mano, rinnovandone profondamente la struttura, al testo dell'art. 4-*bis* ord. pen.¹⁵¹.

Ciò che non ha mai convinto del regime ostativo ivi contemplato è sempre stato il carattere assoluto della presunzione legale che imponeva di desumere dalla mancata collaborazione con la giustizia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata; assolutezza che finiva col privare il giudice della sorveglianza della possibilità di adottare soluzioni sulla base di accertamenti e di valutazioni in concreto sulla persona del condannato e sul suo percorso rieducativo, vincolandolo semmai ad applicare «la regola agnosticamente», anche quando le giustificazioni che la sorreggevano non erano riscontrabili nella fattispecie oggetto di giudizio¹⁵². Ed è proprio la non ragionevolezza di tale presunzione ad essere stata affermata in due importanti decisioni, che hanno segnato un cambio di passo sostanziale nella storia di questa norma: la sentenza della Corte EDU, Viola c. Italia, in tema di compatibilità dell'ergastolo

¹⁵⁰ ROMANO, *Ergastolo ostativo e liberazione condizionale: la Corte costituzionale decide di non decidere*, in *www.penalecp.it*, 15 aprile 2021.

¹⁵¹ Sul nuovo assetto dell'art. 4-*bis* ord. pen., *ex multis*, CORVI, *Ergastolo ostativo: la risposta del legislatore alla Consulta*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 3, 729, che parla di «un mosaico, non facilmente decifrabile, di disposizioni non sempre in sintonia con i principi costituzionali»; DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4bis*, in *www.questionegiustizia.it*, 2 novembre 2022; GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2 novembre 2022; METRANGOLO, *"E quindi uscimmo a rivedere le stelle": l'ergastolo ostativo e il diritto (negato?) alla speranza di uscire dal carcere dopo il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 e la relativa legge di conversione*, in *Arch. pen. web*, 2023, 1; ID., *"Lasciate ogni speranza, voi ch'intrate": l'ergastolo ostativo e la sua problematica compatibilità con i principi costituzionali*, in *Arch. pen. web*, 2023, 1; MERLINO, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, in *www.questionegiustizia.it*, 26 gennaio 2023; MORO, *L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro*, in *Sist. pen.*, 2023, 5, 109; PULITO, *L'ostatività riveduta e (forse) corretta: la recente riforma dell'art. 4bis ord. pen.*, in *Cass. pen.*, 2024, 724; RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giur. pen. web*, 3 novembre 2022, 10; SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piovve: la logica conservativa nella riscrittura delle preclusioni penitenziarie*, in *Osservatorio AIC*, 2023, 3, 28.

¹⁵² DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 86.

ostativo con l'art. 3 C.E.D.U.¹⁵³ e la sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019 in materia di permessi premio¹⁵⁴.

Chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. pen. nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c. p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 97 del 2021 prima richiamata, anche in questa occasione, si pronunciava sulla ragionevolezza della natura assoluta della presunzione della persistenza dei legami con la criminalità organiz-

¹⁵³ Corte EDU, Grande Camera, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, con la quale i giudici di Strasburgo hanno affermato che la presunzione legale non ha fondamento per due ragioni: da un lato, la mancata collaborazione «non sempre è conseguenza di una scelta libera e volontaria, né è giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai 'valori criminali' e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza»; d'altro, «non è escluso che la 'dissociazione' dall'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia». In dottrina si veda, *ex plurimis*, 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, 925 ss.; FIORENTIN, *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non ridicibile è sempre contraria alla Convenzione europea, al rispetto delle dignità umana*, in *Cass. pen.*, 2019, 3065 ss.; MANCA, *Le dichiarazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia alla attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2019, 2; GALIANI-PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 4, 191 ss.

¹⁵⁴ Anche per la Corte costituzionale è da censurare il carattere assoluto della presunzione legale dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata del condannato non collaborante, dovendo la stessa assumere piuttosto carattere relativo, onde consentire di essere superata anche alla luce di elementi diversi dalla collaborazione con la giustizia, da valutarsi caso per caso secondo «criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale». Per tale ragione la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen., per contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., nella parte in cui non prevedeva «che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste», potevano concedersi «permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* del medesimo ord. pen.», allorché fossero stati acquisiti «elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti». Tra i molti commenti v. FIORIO, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, 3, 649 ss.; PUGIOTTO, *La sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *www.forumcostituzionale.it*, 4 febbraio 2020, 160 ss.; DELLA MONICA, *Riflessioni a margine della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*, a cura di Grieco-Scalera, Cassino, 2020, 71 ss.; MENGHINI, *Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4 bis, 1° co., ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2020, 2, 410 ss.; MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 2, 354 ss.

zata dei condannati non collaboranti, e ne affermava l'incompatibilità con la funzione rieducativa della pena, rilevando la necessità di transitare a una presunzione relativa. Ciò avrebbe, da un lato, consentito all'ergastolano ostativo non collaborante di accedere alla liberazione condizionale, previa acquisizione di elementi che ne attestassero il suo acclarato ravvedimento e una presa di distanza dall'organizzazione di appartenenza, e, dall'altro, restituito fiducia al giudice della rieducazione, d'ora in avanti ammesso a valutare la situazione del singolo detenuto con una discrezionalità vincolata. Come accennato, la Corte riversava sul Parlamento il compito di riscrivere la disciplina dell'art. 4-*bis* ord. pen. in conformità ai principi costituzionali e convenzionali, sostenendo che un accoglimento immediato delle questioni proposte avrebbe comportato "effetti disarmonici" sulla complessiva disciplina. Si è giunti così, dopo lo scioglimento delle Camere, all'attuale assetto, ridisegnato dal d.l. n. 162 del 2022, successivamente modificato in sede di conversione, il quale, almeno nella forma, elimina l'ostatività grazie alla trasformazione, da assoluta a relativa, della natura della presunzione *de qua*.

A questo punto, un primo interrogativo che si pone è se effettivamente la via più corretta e giusta per superare i rigidi automatismi contenuti nella norma in esame sia quella di smontare il meccanismo innescato dalla presunzione legale, attenuandone o eliminandone l'assolutezza.

Se si ripercorrono alcuni passaggi argomentativi utilizzati dal giudice delle leggi per dichiarare l'illegittimità di simili presunzioni assolute, può notarsi come, anzitutto, si presti l'attenzione sulle ricadute negative che esse riflettono sul condannato in termini di ulteriori conseguenze afflittive, non correlate al reato commesso e imputabili, in via esclusiva, alla sua scelta di non collaborare. Poi, se ne rileva l'incidenza anche sull'autonomia di giudizio della magistratura di sorveglianza, impedendole un apprezzamento, caso per caso, degli eventuali progressi trattamentali. Anche il fattore tempo viene preso in considerazione per il ruolo cruciale che viene a svolgere rispetto alla valutazione del contesto esterno, dal momento che la realtà associativa a distanza di anni potrebbe non esistere più o essersi articolata diversamente.

Ebbene, davanti ai plurimi effetti distorsivi, la Corte decide di porvi rimedio confinando le presunzioni in una dimensione di relatività e contestualmente facendo gravare sul richiedente l'onere della prova contraria e di specifica allegazione di elementi a supporto, con l'avvertenza che per superare la presunzione ormai relativa di pericolosità sociale non è sufficiente dichiarare di

non fare più parte di certe realtà criminose, dimostrare la buona condotta carceraria e di aderire a percorsi di rieducazione intramurari, essendo piuttosto necessario produrre elementi specifici in grado di escludere l'attualità e il futuro ripristino dei contatti con le organizzazioni criminali. Un onere assai impegnativo, attenuato in parte dai giudici di legittimità¹⁵⁵.

In definitiva, il cambio di rotta si rintraccia fondamentalmente nell'aver riconsegnato alla magistratura di sorveglianza il "diritto di autonomia valutativa" che le era stato tolto durante le stagioni emergenziali¹⁵⁶, e ciò attraverso «una sentenza additiva per *deficit* di flessibilità». In questa prospettiva – si è affermato a proposito degli incidenti di costituzionalità aventi ad oggetto un automatismo legislativo – i vizi di merito specificamente imputati al meccanismo preclusivo non sono la causa dell'incostituzionalità, bensì il suo effetto¹⁵⁷.

Nel passare la parola al legislatore, la Corte sottolinea come un suo intervento demolitorio potesse «mettere a rischio» oltre che il complessivo equilibrio della disciplina in esame, anche e «soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa». A ben vedere, sembra cogliersi in tale passaggio, un'anomalia nell'equilibrio tra i poteri dello Stato: la Corte costituzionale si preoccupa di salvaguardare l'obiettivo di politica criminale che è a base del congegno ostativo.

Venendo al nuovo assetto del meccanismo ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., esso si mostra conforme a Costituzione nella misura in cui restituisce al giudice della sorveglianza la discrezionalità necessaria a graduare individualmente la pena¹⁵⁸, consentendogli di bilanciare l'interesse antagonista che il

¹⁵⁵ Cass. Sez. I, 14 luglio 2021, n. 33743, Rv. 281764: «è sufficiente l'allegazione di elementi di fatto che, anche solo in chiave logica, risultino pertinenti rispetto ai temi di prova, rappresentati dall'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata e dall'assenza del pericolo di un ripristino dei medesimi e siano idonei a contrastare la presunzione di perdurante pericolosità prevista dalla legge». Per il commento, GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante*, in www.sistemapenale.it, 20 settembre 2021.

¹⁵⁶ METRANGOLO, *“Lasciate ogni speranza, voi ch'intrate”*, cit., 32.

¹⁵⁷ GALLIANI-PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., 19. È quanto, ad esempio, accaduto proprio nelle sentenze nn. 239 del 2014 e 76 del 2017, dove la violazione dell'art. 31, co. 2 Cost. nasce esattamente dal «mancato coinvolgimento del giudice, poiché da ciò deriva la lesione [dell'interesse] del minore» (cfr. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi preclusivi*).

¹⁵⁸ FIORIO, *Il “doppio binario”*, cit., 2.

meccanismo presuntivo aveva sacrificato¹⁵⁹. Purtroppo, non pare che l'aver trasformato la natura della presunzione di pericolosità sociale del condannato non collaborante in relativa abbia inciso più di tanto sugli effetti preclusivi del meccanismo, rimasti praticamente integri.

In vero, l'ostatività ha conservato la sua efficacia preclusiva grazie alla perdurante operatività del parametro della collaborazione utile, attorno al quale seguita a ruotare tutto l'impianto. Ne sono una prova le recenti pronunce di legittimità, ove la Corte di cassazione asserisce che, «in assenza di una collaborazione utile, la dimostrazione della rescissione dei legami con la criminalità è condizionata ai nuovi indici probatori elencati nel riscritto art. 4-*bis* ord. pen.»¹⁶⁰. La via più breve per essere ammessi ai benefici penitenziari e alle misure alternative resta, quindi, quella della collaborazione fruttuosa. Infatti, la presunzione relativa di pericolosità implica adesso un congegno che scarica sul condannato la prova dell'allontanamento dalle realtà criminali di appartenenza e che subordina il superamento dell'ostatività al rispetto, da parte del reo, di più condizioni concorrenti tra loro: non più solo elementi che attengono al piano dell'ammissibilità della domanda – com'era in passato – ma anche fattori che rilevano sul piano della meritevolezza (in particolare, revisione critica e atteggiamento riparatorio), con conseguente indebita sovrapposizione di queste due fasi del giudizio¹⁶¹. Egli deve dimostrare di aver adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dalla condanna o di non avervi potuto procedere per carenza di mezzi; deve allegare una serie di elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla mera partecipazione al percorso rieducativo e alla tenuta di una buona condotta carceraria, tali da escludere l'attualità di collegamenti, anche indiretti, con la criminalità organizzata e il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Una strada impervia, ricca di ostacoli, e, come affermano i giudici di legittimità, «tale da influire in maniera evidente sulla possibilità di ritorno in

¹⁵⁹ Non v'è dubbio che vincolare la valutazione della pericolosità sociale a una presunzione assoluta frustra irrimediabilmente la prerogativa primaria della giurisdizione rieducativa, che, come si è visto, dovrebbe essere quella di fornire soluzioni individualizzate in relazione al percorso compiuto da ciascun condannato (DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 62).

¹⁶⁰ Per tutte v. Cass., Sez. I, 10 gennaio 2024, n. 16321, Rv. 286347.

¹⁶¹ Così RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022*, cit., 13.

libertà»¹⁶², contrariamente a quanto auspicato al riguardo dai giudici di Palazzo della Consulta, negli arresti del 2019 e del 2021, e dalla Corte EDU, nella sentenza Viola c. Italia.

Sorvolando sulle altre anomalie rintracciabili nel nuovo assetto dell'art. 4-*bis* ord. pen.¹⁶³, quel che spicca è che la collaborazione con la giustizia resta il principale strumento per superare la presunzione di permanenza del vincolo associativo, esattamente come accadeva nell'assetto precedente.

V'è da chiedersi, pertanto, se la presunzione legale assoluta di immanenza dei collegamenti per il non collaborante sia davvero saltata. Pur essendo innegabile che, formalmente, essa sia stata relativizzata, rimane il sospetto che «la *presumptio iuris tantum* da ultimo introdotta nasconda in realtà un meccanismo preclusivo semi-assoluto: i “paletti” introdotti con la riforma sono talmente rigidi da rendere molto difficile l'accesso ai benefici penitenziari per il non collaborante»¹⁶⁴. Per di più, non è da sottovalutare l'«appiattimento verso l'alto delle condizioni di accesso indifferenziato per tutte le misure», che si pone in aperto contrasto con il principio di progressione trattamentale, fulcro dell'esecuzione penitenziaria grazie al quale si restituiscono al soggetto spazi di libertà e responsabilità via via sempre più ampi. A essere compromessa è proprio la “libertà restituita”¹⁶⁵.

¹⁶² Cass., Sez. I, 16 aprile 2024, n. 30702, Rv. 286809 (nella specie la Corte, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2020, ha ritenuto non applicabili, ai sensi dell'art. 25, co. 2 Cost., le nuove disposizioni in tema di accesso alle misure alternative, in quanto più sfavorevoli rispetto alla normativa precedente, tenuto conto della concreta condizione di detenzione del ricorrente).

¹⁶³ Oltre alle difficoltà di confrontarsi con un testo normativo dall'articolazione per nulla semplice, si segnalano, anzitutto, l'ampliamento dell'applicabilità del congegno di preclusioni a qualsiasi illecito penale che sia collegato da un nesso teleologico con il reato-base di prima fascia; poi, la rimozione delle categorie della collaborazione impossibile, inutile o irrilevante all'interno del comma 1-*bis*, prevedendone, mediante una disciplina intertemporale *ad hoc*, l'operatività solo in favore di chi abbia commesso reati ostativi prima dell'entrata in vigore della riforma, sempre che sussistano determinate condizioni; e ancora, la previsione che ammette ai vantaggi penitenziari i detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. solo «dopo che il provvedimento applicativo di tale regime sia stato revocato o non prorogato».

¹⁶⁴ MORO, *L'art. 4-bis o.p. riformato*, cit., 114.

¹⁶⁵ È da ricordare che uno degli argomenti che aveva portato alla declaratoria di incostituzionalità del c.d. ergastolo di terzo tipo era stato proprio «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.» (Corte cost. n. 149 del 2018). Secondo la Consulta, una simile disciplina stravolgeva irragionevolmente la logica gradualistica che permea l'intero ordinamento penitenziario e che costituisce diretta «attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena».

10. *Obblighi collaborativi vs. libertà di autodeterminazione: equazioni improprie e binomi di convenienza alla base del sacrificio del diritto al silenzio.* Nella trama dei ragionamenti, non sempre lineari, della Corte costituzionale in tema di regime ostativo innescato dall'art. 4-bis ord. pen. possono cogliersi frammenti preziosi che, se recuperati e isolati, ben potrebbero supportare una rilettura della norma che restituisca al condannato il pieno diritto alla sua libertà di autodeterminazione, la quale, come qui sostenuto, può farsi rientrare nella più ampia categoria della "libertà restituita".

Per salvare il meccanismo ostativo, la Corte considera la scelta di collaborare con la giustizia «un ragionevole indice legale dell'avvenuta rescissione dell'originario legame tra il reo e il sodalizio criminoso esterno»¹⁶⁶, affermando che tale scelta non può qualificarsi come una «costrizione»¹⁶⁷, giacché la preclusione prevista «non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta» [...] «a condizione, beninteso, che la scelta se prestare o meno la collaborazione sia oggettivamente e giuridicamente possibile»¹⁶⁸. Il fatto quindi che il condannato, fuori dei casi di collaborazione impossibile o inesigibile, possa determinarsi, in forza di una sua personale scelta alla collaborazione fa sì che detta scelta si atteggi a criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere al fine di accertare il sicuro ravvedimento¹⁶⁹. Per tale via, si giunge all'affermazione che l'atteggiamento non collaborativo è nulla più di un «indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato», secondo un meccanismo presuntivo vincibile le volte in cui si accerti l'impossibilità o l'inesigibilità della collaborazione non prestata. A tale conclusione, tuttavia, si giunge, nonostante il risalente arresto con cui la Corte, salvando anche in tale occasione l'impianto normativo in considerazione della preminenza dell'esigenza di difesa sociale rispetto a quella di rieducazione, affermava che «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno

¹⁶⁶ Corte cost. n. 273 del 2001.

¹⁶⁷ Corte cost. n. 39 del 1994.

¹⁶⁸ Corte cost. n. 135 del 2003.

¹⁶⁹ Corte cost. n. 273 del 2001.

contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa¹⁷⁰; e che l'inibizione all'accesso alle misure alternative comporta «una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena», infatti «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena» «mentre appare preoccupante la tendenza alla «configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»¹⁷¹.

Approdi, quest'ultimi, confermati nella sua giurisprudenza più recente laddove la Corte dichiara che «la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento: la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione, così come, di converso, la scelta di non collaborare può esser determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di associazioni criminali»¹⁷². Incisivamente, poi, rimarca come l'assenza di collaborazione con la giustizia non possa risolversi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena; e che «un conto è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presti una collaborazione utile ed efficace» e «ben altro è l'infrazione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto *iuris et de iure* quale persona radicata nel crimine organizzato e perciò socialmente pericolosa»; e, ancora, come possa giustificarsi, la prima, sulla base di considerazioni in parte presuntive e in parte fattuali, vale a dire, sia perché la collaborazione «è ragionevole indice del presumibile abbandono dell'originario sodalizio criminale, sia in virtù della determinante utilità che ha mostrato sul piano del contrasto alle organizzazioni mafiose», e come, invece, possa ritenersi inammissibile la seconda, in quanto per tal via quella «libertà di non collaborare», che in sede di procedimento penale di cognizione si trova «garantita [...] nella forma di vero e proprio diritto, espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, [...] in fase d'esecuzione si trasforma [...] in un gravoso onere di collaborazione che,

¹⁷⁰ Corte. Cost. n. 306 del 1993.

¹⁷¹ Corte. Cost. n. 306 del 1993.

¹⁷² Corte cost. n. 253 del 2019 e n. 306 del 1993, nonché Corte cost. ord. n. 97 del 2021.

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». E conclude, pertanto, nel senso che le finalità di politica criminale e investigativa dello Stato sottese al meccanismo ostativo, plasmando la disciplina di cui all'art. 4-*bis*, trasfigurano «in maniera deformata la libertà di non collaborare, che non può essere disconosciuta ad alcun detenuto»¹⁷³. Ancora più incisivamente asserisce, poi, che «la disciplina ostativa prefigura una sorta di scambio di informazioni utili ai fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario; e che, per il condannato all'ergastolo a seguito di reato ostativo, lo “scambio” in questione può assumere una portata drammatica, allorché lo obbliga a scegliere tra la possibilità di riacquistare la libertà e il suo contrario, cioè un destino di reclusione senza fine. In casi limite può trattarsi di una “scelta tragica”: tra la propria (eventuale) libertà, che può tuttavia comportare rischi per la sicurezza dei propri cari, e la rinuncia ad essa, per preservarli da pericoli». Ne consegue che il condannato alla pena perpetua è caricato di un onere di collaborazione «che può richiedere la denuncia a carico di terzi, comportare pericoli per i propri cari, e rischiare altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati»¹⁷⁴.

Ebbene, sono tutti asserti che svelano apertamente le molte distorsioni e ambiguità e i tanti rischi legati a un meccanismo basato su equazioni improprie e binomi di convenienza, che producono effetti dirimpenti ad ampio raggio.

Tra questi, v'è senza dubbio il rischio che a mutare profondamente sono i profili teleologici dell'esecuzione penitenziaria: facendo leva sulla componente utilitaristica dell'ideologia premiale, e correlativamente sulla «peculiare afflittività del trattamento riservato ai c.d. irriducibili», si innestano nell'esecuzione penitenziaria funzionalità preventive, investigative, e repressive che il sistema non è più in grado di svolgere in modo fisiologico¹⁷⁵. Da qui l'effetto distorsivo di passare dal binomio rieducazione-benefici al binomio collaborazione-benefici¹⁷⁶, con l'anomalia che, mentre nel primo caso i bene-

¹⁷³ Corte cost. n. 253 del 2019.

¹⁷⁴ Corte cost. ord. n. 97 del 2021.

¹⁷⁵ In tal senso, GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, cit., 318.

¹⁷⁶ BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, cit., 117 s., che così afferma: «le misure alternative alla detenzione, concepite con finalità risocializzative e premiali, vengono trasfigurate nella loro identità genetica una volta ricollocate in una diversa orbita».

fici sono pensati in termini di strumenti atti a conseguire il fine della rieducazione, nel secondo i benefici diventano l'esca per indurre alla collaborazione, sulla base di un falso sinallagma, in cui la collaborazione è equiparata al ravvedimento. Eppure, come ricordato dalle Corti, si sa che alla collaborazione non segue necessariamente un ripensamento dei valori sottesi al proprio vissuto criminale e che, per converso, non può escludersi *a priori* che chi non collabora non sia orientato verso un acclarato ravvedimento e una presa di distanza dall'organizzazione di appartenenza¹⁷⁷. Donde non può negarsi che possa esservi rieducazione anche senza collaborazione¹⁷⁸ e che, a causa di tale congegno perverso, il detenuto si ritrova obbligato a scambiare la propria libertà con la collaborazione.

Definito «frutto velenoso di una miscela esplosiva»¹⁷⁹, che trasforma un premio in un «castigo illegittimo» per il rifiuto di collaborare¹⁸⁰, il meccanismo ostativo sembra allora integrare una «impropria forma di coercizione morale»¹⁸¹, di dubbia compatibilità con la libertà di autodeterminazione¹⁸². Come acutamente sottolineato, «spingendo alle estreme conseguenze questa im-

¹⁷⁷ Corte cost. n. 253 del 2019.

¹⁷⁸ Ne è dimostrazione l'equiparazione alla collaborazione utile delle ipotesi di collaborazione inesigibile e impossibile: in tali casi si abbatte la barriera dell'ostatività per chi non può collaborare pur volendo. Si rammenta che tali ipotesi non sono più contemplate dal riscritto art. 4-*bis* ord. pen., a norma del quale si prevede un diverso regime tra chi collabora e chi non collabora, con oneri probatori di diversa portata a seconda del tipo d'autore o della tipologia di reato commesso. Sulla collaborazione impossibile v. RICCI, «Collaborazione impossibile» e sistema penitenziario, Padova, 2013.

¹⁷⁹ NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1509.

¹⁸⁰ FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1507.

¹⁸¹ NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, cit., 1510.

¹⁸² Rammenta MERLINO, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, cit., 11, come tale tesi non sia condivisa da coloro che sottolineano l'importanza della risposta dello Stato alla mafia: «nessun paese dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa conosce, con altrettanta drammatica profondità, la gravità del fenomeno mafioso. Questo spiega la peculiarità di una disciplina che, lungi dal potersi ridurre ad una mera contrattazione, esprime precise scelte di politica criminale che vengono realizzate grazie ai meccanismi penitenziari. Quanto, più specificamente, alla denunciata pressione morale sul detenuto, si tratterebbe, in realtà, di esigere "il minimo etico" da coloro che si siano macchiati di delitti efferatissimi, fermo restando che dalla posizione apicale o comunque centrale del singolo condannato può desumersi, di per sé, l'utilità e l'opportunità di una richiesta in tal senso, parendo assolutamente inverosimile ipotizzare un ingiusto ricatto».

stazione, potrebbe affermarsi che si tratta di un sinallagma imperfetto, nel quale la volontà di una delle parti non si è liberamente formata»¹⁸³.

Sono tutti argomenti che sembrano rafforzare la tesi, qui incoraggiata, per cui il congegno violerebbe il diritto al silenzio del condannato, quale espressione del più generale principio *nemo tenetur se detegere*. Principio che dovrebbe trovare applicazione non solo nella fase dell'accertamento giurisdizionale dei fatti e delle relative responsabilità, ma anche in quella dell'esecuzione della pena¹⁸⁴, nel cui ambito, come ricordato dai giudici di Strasburgo, deve riconoscersi il diritto alla professione di innocenza, trattandosi dell'esercizio di un diritto cui non può, di per sé, essere attribuita valenza ostativa al riconoscimento di un beneficio¹⁸⁵.

A ciò si obietta¹⁸⁶, tuttavia, rammentando che, nell'ambito del processo penale, il diritto al silenzio è diversamente modulato, e che pertanto il principio del *nemo tenetur* non è assoluto: ne è un esempio il diverso atteggiarsi degli obblighi dichiarativi¹⁸⁷. Muovendo da tale premessa, sono stati sollevati dubbi circa la plausibilità della tesi che ritiene esservi una contraddizione insanabile tra la tutela del diritto al silenzio riservata all'imputato/indagato e

¹⁸³ MERLINO, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, cit., 10.

¹⁸⁴ Sostengono che dal regime ostativo possa derivare una violazione del diritto al silenzio, BONTEMPELLI, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1529 s.; CARNEVALE, *Diritto al giudice e habeas corpus penitenziario: l'insostenibilità delle presunzioni assolute sui percorsi individuali*, in *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., 61; DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1502; FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1507; PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, 31. Si legga anche il passaggio dell'intervento degli *Amicus Curiae*, nel caso Viola c. Italia, ove si afferma: «il diritto al silenzio, proiezione della libertà morale e quindi riconducibile alla dignità umana, non può prima esistere e dopo scomparire. Se una persona ha diritto al silenzio durante il processo, egli deve mantenerlo a maggior ragione in seguito, nel momento in cui la sua libertà personale è ristretta in un penitenziario, ipotesi che comporta inevitabilmente un livello (che dovrebbe essere minimo) di sofferenza».

¹⁸⁵ Corte EDU, Grande Camera, 13 giugno 2019, Viola c. Italia. Si veda, a proposito delle conseguenze nel dichiararsi innocente anche dopo la condanna definitiva, CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 66, che afferma come «l'innocenza, il non avere nomi da fare o, al limite, da volere fare, divent[i], nel caso dell'ergastolo ostativo, paradossalmente la colpa».

¹⁸⁶ MERLINO, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, cit., 12.

¹⁸⁷ In particolare, si vedano gli artt. 274, co. 1, lett. a) c.p.p., nonché gli artt. 64, co.3, lett. c), 197, lett. b), 197-bis c.p.p.

l'imposizione al condannato della collaborazione quale unico *escamotage* per superare l'ostatività dell'ergastolo¹⁸⁸.

La strada da percorrere sembra, ad ogni modo, già segnata dalle Corti.

Dalla Corte EDU, lì dove afferma che «il principio della “dignità umana” impedisce di privare una persona della sua libertà con la costrizione senza operare, nel contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà», precisando che «un detenuto condannato all'ergastolo effettivo ha il diritto di sapere [...] cosa deve fare perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili»¹⁸⁹; e che «la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata a una scelta libera e volontaria e neppure giustificata soltanto dalla persistenza della adesione ai “valori criminali” e al mantenimento dei legami con il gruppo di appartenenza»¹⁹⁰.

Dalla Corte costituzionale, allorché afferma, riferendosi alla formulazione dell'art. 4-*bis*, co. 1 ord. pen. anteriforma, come anche in nome di prevalenti esigenze di carattere investigativo e di politica criminale, esso - lo si ripete - operi «una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-*ter* ordin. penit., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto. Garantita nel processo nella forma di vero e proprio diritto, espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, la libertà di non collaborare, in fase d'esecuzione, si trasforma infatti [...] 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».

11. *Verso l'espansione del diritto al silenzio oltre il giudicato: il diritto a non collaborare del condannato (ostativo) a salvaguardia della “libertà restituita”.*

Giunti all'epilogo della presente riflessione, è possibile enucleare alcuni punti fermi che incoraggiano a prospettare un'espansione della tutela del diritto al silenzio nella fase *post rem iudicatum*, grazie alla quale poter confidare in un

¹⁸⁸ CHIAVARIO, *Un'esigenza di civiltà... senza dimenticare le vittime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1512, secondo il quale il diritto al silenzio ha una protezione assoluta quando è garantito a chi, indagato o imputato, combatte nel processo per evitare una condanna, o il suo aggravamento. Fuori da quel campo è giusto graduare o annullare la tutela degli 'altri silenzi'.

¹⁸⁹ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

¹⁹⁰ Corte EDU, Grande Camera, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*.

superamento dell'attuale assetto dell'art. 4-*bis* ord. pen. Naturalmente tale prospettiva implica che le forze contrapposte convergano in un nuovo equilibrio, nel quale la preminenza è data alla tutela dei diritti del condannato rispetto a opzioni di politica criminale rispondenti a logiche meramente efficientistiche. L'auspicio è che la categoria della "libertà restituita", nella quale confluisce la libertà di non collaborare, possa integrare un ragionevole parametro di costituzionalità ex artt. 2 e 24, co. 2 Cost. che, insieme agli altri parametri sino ad oggi invocati per prospettare la non conformità a Costituzione dell'art. 4-*bis* ord. pen., contribuiscano al superamento dell'automatismo di cui tale norma è portatrice, nonostante la sua recente riforma. La nuova formulazione, come detto, sembra, in verità, solo formalmente avere riparato alle numerose storture connesse al fenomeno dell'ostatività: oggi si prevede un meccanismo che si regge ancora sulla collaborazione con la giustizia, indicata ai condannati per i reati ostativi più gravi quale via più facile per potere fruire di spazi di libertà funzionali alla loro rieducazione.

In quale modo la categoria della "libertà restituita" può essere da supporto? Si è visto come, coniugando la dimensione della rieducazione con quella della tutela dei diritti del detenuto, la "libertà restituita" sia un concetto multidimensionale nel quale convergono più tipi di libertà, non solo quella fisica, ma anche quella psichica e quella morale, ivi compresa la libertà di autodeterminazione e la libertà di non collaborare. In esso si ritrova il "residuo" di libertà che non può essere sottratto al detenuto, come anche gli assaggi di libertà concessi con i permessi premio, la semilibertà e il lavoro all'esterno, la liberazione condizionale e la libertà vigilata. Un concetto, insomma, che si erge a garanzia del risultato del percorso di crescita personale e di risocializzazione del detenuto, svolgendo, pertanto, un ruolo cruciale per la concreta e sincrona attuazione di entrambi i principi di umanizzazione e di rieducazione scolpiti nell'art. 27, co. 3 Cost., secondo cui una pena può dirsi umana solo se tende alla rieducazione e solo una pena che tenda alla rieducazione può dirsi umana. In definitiva, al pari del recupero del condannato, anche la "libertà restituita" va a far parte del nucleo di interessi superiori "non sacrificabili", al quale l'ordinamento giuridico deve garantire massima tutela.

Venendo adesso ai punti fermi.

L'ordinamento penitenziario, ancora oggi, contempla impliciti obblighi collaborativi a carico del condannato, riconducibili al meccanismo basato su premi

e ricatti previsto dall'art. 4-*bis* ord. pen. nonostante l'intervenuta riforma del 2022.

Tali obblighi collaborativi costituiscono una esplicita violazione del diritto di difesa, nella sua declinazione di diritto a non collaborare con l'autorità, che va assicurato anche nella fase dell'esecuzione della pena.

Il diritto a non collaborare, trovando il proprio fondamento nel più ampio diritto alla libertà morale, nel quale è incluso il diritto alla libertà di autodeterminazione, può annoverarsi tra i diritti inviolabili della persona detenuta, integrando quel "nocciolo essenziale" che in nessun modo può essere sacrificato per soddisfare esigenze di prevenzione e di difesa sociale.

La caduta della presunzione di non colpevolezza, su cui si fonda il diritto al silenzio dell'imputato, non rappresenta un ostacolo all'espansione di quest'ultimo nella fase dell'esecuzione della pena, venendo a mutare in tale sede la posta in gioco: non più la responsabilità dell'imputato, ma la "libertà restituita", rispetto alla quale lo *ius tacendi* si pone in termini di funzionalità. In vero, il *se detegere*, racchiudendo profili umanistici più complessi di quelli sottostanti ai suoi aspetti di garanzia processuale e riverberandosi direttamente sulla dignità umana, sulla privatezza, sull'autonomia dell'individuo rispetto alle incursioni dello Stato, consente di tracciare un "giardino proibito", inaccessibile, protettivo del suo foro interno. Esso, quindi, rappresenta una sorta di filo rosso che corre lungo tutta la vicenda punitiva, approdando alla fase del trattamento penitenziario, a dimostrazione che espiazione ed emenda sono atti intimi, non coercibili legalmente, e che la rieducazione *ex art. 27, co. 3 Cost.* è un parametro esteriore, che non necessita di abiure per essere apprezzato¹⁹¹.

Il diritto al silenzio non tutela soltanto contro l'autoincriminazione, ma è anche presidio del rispetto della dignità umana, assicurando al condannato di esercitare una scelta consapevole in merito alla propria cooperazione con la giustizia. Forzare una persona a collaborare, mediante la rinuncia al diritto al silenzio, significa violare la sua autonomia morale. Ciò impone di nutrire ragionevoli dubbi che la scelta di collaborare sia effettivamente libera e consapevole.

Il giudice della sorveglianza deve essere posto nelle condizioni di potere svolgere la funzione che gli è assegnata dalla legge penitenziaria, quella di valutare

¹⁹¹ Per queste ultime considerazioni si veda TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 435.

in concreto il cammino rieducativo del condannato, e, sulla base dei criteri di applicabilità stabiliti dalle norme dell'ordinamento penitenziario, ammetterlo ai percorsi alternativi alla detenzione. Qualsiasi automatismo legislativo basato su presunzioni assolute o anche su presunzioni semi assolute o pseudo relative finisce col sottrarre al giudice della pena tale funzione, specie se la decisione è condizionata a presupposti troppo rigidi.

L'alternativa tra collaborazione con la giustizia ed esclusione dai vantaggi penitenziari tradisce il reale obiettivo del legislatore, che è quello di sanzionare chi non collabora, sottraendogli così il diritto a un trattamento umano che si sviluppi lungo un percorso individualizzato che lo conduca a un ritorno progressivo nella società libera.

Riconoscere il diritto a non collaborare al condannato significa tutelarne da previsioni che lo sanzionano per avere scelto di non avere collaborato.

La minaccia insita nel meccanismo ostativo converte il diritto a non collaborare del condannato in obbligo di collaborare, onde potere fruire dei benefici che l'ordinamento collega alla partecipazione al trattamento, che, solo a quel punto, sarà oggetto di valutazione da parte del giudice della sorveglianza.

Per il condannato che non collabora non si deciderà in base al progetto rieducativo intrapreso, dovendo il giudice della sorveglianza decidere in merito alla sua "libertà restituita" sulla base dei nuovi criteri particolarmente stringenti previsti dal riscritto art. 4-*bis* ord. pen., inibendo di fatto al condannato non collaborante la possibilità di progredire nel percorso di risocializzazione.

La collaborazione con la giustizia non è di per sé indicativa di avvenuto ravvedimento o di rieducazione e la mancata collaborazione non è indicativa della persistenza dei collegamenti con il crimine organizzato. Ciò significa che la collaborazione con la giustizia non ha alcuna attinenza con la pericolosità sociale del condannato.

Nell'attuale assetto dell'art. 4-*bis* ord. pen. la condizione della collaborazione con la giustizia continua a funzionare da "ricatto morale", costringendo il condannato a scegliere tra la sua libertà e quella dei suoi familiari.

Ebbene, la maggior parte di tali punti fermi sono "estratti" e "corollari" dei diversi arresti della giurisprudenza costituzionale, prima menzionati. Questo dovrebbe fare ben sperare che possa giungersi a una rilettura integrale della disciplina che espelli la categoria della collaborazione dal meccanismo di doppio binario (probatorio e sanzionatorio) ivi previsto.

Si è avuto modo di rappresentare come il condannato sia soggetto di diritti e come l'ordinamento sia tenuto a prevedere forme di tutela che ne assicurino l'esercizio in modo libero e consapevole. Non possono di certo a ciò essere di ostacolo le peculiarità della giurisdizione rieducativa. Il particolare contesto impone semmai di attribuire al condannato una serie di prerogative ricollegabili al diritto inviolabile di difesa, tra cui lo *ius tacendi*, onde rimuovere ogni intralcio applicativo che, per esigenze di sicurezza, gli impedisca di fruire di un trattamento che gli garantisca una graduale "restituzione" della sua libertà. Il diritto al silenzio tutela, infatti, il diritto del condannato alla "libertà restituita". Del resto, nel contesto esecutivo, libertà e valori dovrebbero coesistere in un equilibrio dinamico in forza del quale la privazione della libertà personale non deve mai trasformarsi in una negazione della dignità e della libertà di autodeterminazione. Un sistema che collega la collaborazione del condannato all'accesso ai benefici rompe questo equilibrio e sposta l'asse dei rapporti tra individuo e autorità verso assetti inquisitori in cui a prevalere sugli interessi individuali sono le forze repressive dello Stato, così rischiando di far riaffiorare l'antica soggezione del condannato di fronte all'autorità. Il diritto a non collaborare, invece, se riconosciuto al condannato, gli garantirebbe di non essere obbligato a cooperare con le autorità se ciò contrasta con la sua volontà. In tale caso, occorrerebbe, da un lato, rimuovere dalla gamma dei requisiti per l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari il presupposto della collaborazione con la giustizia, e, dall'altro, prevedere che l'eventuale collaborazione del condannato, a questo punto frutto di una scelta libera e consapevole, ben possa favorire l'accesso ai benefici, onde non disperdere i vantaggi investigativi che da essa derivano.

La conclusione appare, dunque, la distonia dell'art. 4-*bis* ord. pen. rispetto al quadro di garanzie disegnato dagli artt. 2, 24, co. 2 e 27, co. 3 Cost. nella parte in cui indica l'ipotesi di assenza di collaborazione con la giustizia come condizione che complica l'accesso del condannato non collaborante alle misure extramurarie, ammettendo così implicitamente che la via preferibile e più facile è quella della collaborazione. Ciò determina la violazione del diritto a non collaborare del condannato, invocabile, nella fase dell'esecuzione, a garanzia del diritto alla "libertà restituita", che è un valore multidimensionale, appartenente al nucleo essenziale dei diritti e delle libertà del detenuto "non sacrificabili", e soprattutto servente a una completa ed effettiva attuazione dell'art. 27, co. 3 Cost.

È da ritenere, pertanto, illegittimo un meccanismo preclusivo, come quello delineato dall'art. 4-*bis* ord. pen., che eleva a criterio presuntivo della pericolosità la mancata collaborazione con la giustizia, prevedendo standard probatori differenti tra chi collabora e chi non collabora.

L'attualità della pericolosità sociale, unico presupposto che ragionevolmente può precludere l'accesso alle misure alternative al carcere, potrà essere accertato, per i reati più gravi contemplati dalla norma in oggetto, secondo criteri rigorosi ma flessibili, che tengano comunque conto della condotta tenuta dal condannato durante la detenzione e del percorso riabilitativo compiuto, onde graduarne la portata secondo il tipo di misura o istituto richiesto. Percorso che non può essere ostacolato dalla mancata collaborazione con la giustizia perché il condannato ha il diritto a non collaborare, sicché dalla sua scelta di rimanere in silenzio non possono discendere conseguenze negative sulla sua posizione soggettiva.