

CONVEGNI

ADELMO MANNA

Razionalità ed irrazionalità nel sistema penale (*)

1. Il titolo del convegno: “Ragione e decisione - il controllo di razionalità nell’attività giudiziaria”, ci induce ad una riflessione più a tutto tondo sui venti che circondano in questi tempi procellosi la navicella del sistema penale. Per inquadrare, però, in maniera esaustiva la problematica, dobbiamo a nostro avviso affrontarla in una prospettiva storica. Un grande filosofo tra il ‘700 e l’800, come Jeremy Bentham, sosteneva che quanto più un reato è grave, tanto più dovrebbe essere corredato da maggiori garanzie a favore dell’imputato¹. Questa tesi ha condotto a ritenere il codice penale e quello di procedura, nonché l’ordinamento penitenziario, come la c.d. *Magna Charta* del reo.

Tale approccio risentiva chiaramente dell’epoca dei Lumi, nel senso di un approccio razionale ai problemi penalistici, in quanto lo stesso principio della *Magna Charta* denota un sottostante e fondamentale bilanciamento di interessi tra, da un lato, la privazione della libertà personale, e, dall’altro, la previsione, però, di una serie massima di garanzie, proprio per compensare il sacrificio di un bene così importante, che, nell’ottica illuminista, doveva almeno, per poter essere accettato sia dal legislatore, che soprattutto dalla popolazione, essere almeno corredato da un sistema garantista. Questa concezione è durata per molti lustri, anzi si può affermare che sia passata sostanzialmente indenne, quasi come un principio giusnaturalistico, rispetto al susseguirsi delle scuole penalistiche sia nell’800 che nel ‘900, proprio perché, nonostante i rispettivi diversi approcci, l’idea della *Magna Charta* non è in fondo mai stata posta realmente in discussione, se non, ovviamente, durante il periodo fra i due conflitti mondiali, ove sia in Germania che in Unione sovietica i rispettivi regimi totalitari non potevano certo essere frenati nella loro ansia di controllo totale - quasi fosse un Panopticon² - della popolazione e soprattutto di quegli “aggregati sociali”, considerati in senso profondamente razzista, che meritava-

(*) Testo, riveduto, aggiornato ed ampliato, con l’aggiunta delle note, del Convegno su: “*Ragione e decisione - Il controllo di razionalità nell’attività giudiziaria*”, Università di Foggia, 10-11 novembre 2016.

¹ BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino, 2013 (1^a ed. 1789). È ben noto che il concetto di “*Magna Charta*” risulta assai più risalente perché è stata elaborata dal Re Giovanni Plantageneto “Senzaterra”, nel 1215 e promulgata il 15 giugno dello stesso anno, proprio come reazione allo strapotere dei baroni inglesi.

² BENTHAM, *Panopticon: ovvero la casa d’ispezione*, a cura di Foucault e Perrot, Padova, 1997 (1^a ed. 1791).

no, proprio perché non si riusciva ad integrarli, la totale emarginazione e addirittura distruzione, come gli ebrei, gli zingari, gli omosessuali e, comunque, gli avversari dei regimi. Da qui il triste fenomeno dei *Konzentrationslager* e dei *Gulag*.

Quest'ultimo costituisce sicuramente un regresso nel senso che la razionalità espressa nel secolo dei Lumi era costretta a cedere il passo ad una forte e profonda ventata emozionale, ove infatti, da un lato, il mito del "sol dell'avvenire" e, dall'altro, quello della purezza della razza ariana hanno condotto in quelle nazioni al dilagare di un sistema penale ben lontano dal modello liberal-garantista, tanto è vero che in entrambi i Paesi quello che alla fine viene messo in discussione ed anzi profondamente modificato è proprio il principio di stretta legalità³.

Dopo il secondo conflitto mondiale, ritorna inevitabilmente, come reazione, il mito della *Magna Charta*, che si inquadra però in un tentativo di ricostruzione anche giuridica degli Stati soprattutto attraverso nuove e più moderne Costituzioni. In questa prospettiva, seppure dopo alcuni lustri, il modello illuminista viene portato in Italia alle conseguenze più estreme da parte di un grande penalista del calibro di Franco Bricola, che infatti progetta un diritto penale "costituzionalmente orientato", proprio partendo dal presupposto che, siccome il sistema penale sacrifica un bene così importante per la persona come la libertà personale, è giusto che si intervenga penalmente solo per beni di pari valore⁴. È ben noto che questa teorica ha adempiuto assai meno di quello che aveva promesso, ma non c'è dubbio che al fondo si ripropone l'ideale di un diritto penale liberal-garantista, tipico di uno Stato sociale di diritto, ove quindi la direttiva è quella di una profonda razionalità.

2. Gli anni '70 del '900 costituiscono, però, un periodo pieno di contraddizioni, perché, se da un lato si affermano importanti riforme anche a livello *lato sensu* penalistico, come, in particolare, la legge Basaglia del 1978 sull'abolizione dei manicomi comuni, vero *unicum* per allora nel panorama europeo, per altro verso si scatena l'ondata terroristica, prima formata da movimenti studenteschi quasi soltanto protestatari, per poi trasformarsi purtroppo in una vera e propria falange armata. Da qui naturalmente la reazione della legislazione e della giurisprudenza e quindi inevitabilmente un distacco da un diritto penale illuminista, per addentrarsi in un sistema penale di carattere

³ Sia consentito, sul punto, anche per maggiori approfondimenti, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4^a, Milano, 2017, 10 ss.

⁴ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 1973, 7 ss..

fortemente sicurtario, ove infatti viene, ad esempio, introdotto un istituto che appariva all'epoca dei Lumi assolutamente impensabile e soprattutto inaccettabile, cioè a dire il premio per la collaborazione processuale, ove evidentemente lo Stato dava luogo ad una trattativa "legalizzata"⁵ con le frange più pericolose della delinquenza terroristica. Si scatena, quindi, una forte ondata emotiva, che scuote dalle fondamenta la popolazione, che tuttavia in tutta Europa non cede ai miti di un populismo di maniera, evidentemente anche perché le sirene della piazza non sono tali da indurre i cittadini, ormai economicamente inseriti in una dimensione accettabile, a dover rinunciare a quanto sopra, in nome di ideali solo da poche *élites* rivoluzionarie portati avanti.

3. Il periodo, invece, in cui si affermano i prodromi di quello che attualmente definiamo "populismo penale", si pone dopo l'attentato alle Torri gemelle di New York dell'11 settembre 2001, cui infatti segue una legislazione, come il *Patriot Act I e II*, fortemente restrittiva delle libertà non solo degli stranieri, ma anche degli stessi cittadini americani⁶.

Da ciò lo svilupparsi di un pensiero assai controverso da parte di un importante penalista tedesco, come Günther Jakobs⁷, che ha infatti teorizzato il c.d. "diritto penale del nemico", che si differenzia sia dal diritto penale del cittadino, che dal diritto penale di guerra, in quanto ha ad oggetto organizzazioni criminali di stampo terrorista, che quindi si pongono come anti-Stato, per cui i relativi componenti non possono ritenersi degni di essere considerati "persone". In questa prospettiva il diritto penale del nemico si caratterizzerebbe, da un lato, per l'inserimento di fattori ipersoggettivi nel sistema, come, in particolare, il concetto di pericolosità da noi nelle misure di prevenzione,

⁵ Laddove, invece, la trattativa non risulti legalizzata, ciò ha dato luogo, come è risaputo, al processo c.d. Stato-mafia, che si è concluso con la condanna di molti degli imputati, sia appartenenti alla criminalità organizzata, che ad importanti apparati dello Stato, da parte della Corte di Assise di Palermo, Pres. Montalto, che il 19 luglio 2018 ha depositato le motivazioni del primo grado che assommano a ben 5252 pagine. Il reato che era stato contestato e per cui sono stati condannati molti degli imputati, era quello di minaccia a corpo politico che tuttavia ha incontrato notevoli critiche soprattutto da parte di autorevole dottrina penalistica: cfr., a tal proposito, FIANDACA, *Lo sguardo del giurista*, in *La mafia non ha vinto-Il labirinto della trattativa*, a cura di Fiandaca, Lupo, Roma-Bari, 2014, 69 ss.; per un'opinione invece diametralmente opposta, perché sostenuta dal principale artefice dell'accusa pubblica, cfr. DI MATTEO, LODATO, *Il patto sporco*, Milano, 2018, spec. 123 ss., con l'individuazione, appunto, di come la Corte di Assise di Palermo abbia ricostruito tale trattativa ritenuta evidentemente *contra ius*.

⁶ Cfr. in argomento lo stimolante saggio di RESTA F., *Nemici o criminali? Paura e libertà dopo l'11 settembre*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, 1761 ss.

⁷ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in *Derecho penal del enemigo*, a cura di Jakobs, Cancio Melia, Madrid, 2003, 21 ss.; CANCIO MELIA, «*Derecho penal del enemigo*?», in *ibid.*, 57 ss.; *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Quest. giust.*, 2006, n. 4, (numero monografico).

dall'altro, per un notevole aumento del carico sanzionatorio e, infine, per un significativo restringimento delle garanzie nell'ambito del processo penale.

Da noi il diritto penale del nemico non ha, per fortuna, inciso come negli Stati Uniti d'America, perché, a livello di terrorismo, con il famoso decreto Pisanu, si è sostanzialmente limitato ad introdurre fattispecie come l'addestramento e l'arruolamento, nonché, da ultimo, quella relativa ai c.d. *foreign fighters*, che costituiscono, però, un'evidente eccezione all'inizio dell'attività punibile, così come indicata chiaramente all'art. 56 del codice penale, che, a livello storico, si concretizza nel c.d. inizio di esecuzione, nel senso di distinguere gli atti esecutivi, che sono solo quelli penalmente rilevanti, dagli atti preparatori che, invece, proprio in quanto tali, sono ancora penalmente irrilevanti in quanto, volendo utilizzare uno dei criteri di cui all'art. 56 del codice penale, un atto preparatorio non potrà mai dirsi univoco⁸.

Sarebbe tuttavia riduttivo se noi intendessimo affrontare il diritto penale del nemico in un'ottica puramente legata alla tematica Nord-americana e comunque alle organizzazioni terroristiche, giacché siamo persuasi che anche da noi esista un diritto penale del nemico, che infatti può identificarsi nella criminalità mafiosa, tanto è vero che per combattere tale tipo di criminalità organizzata - cui ovviamente vanno aggiunte le ulteriori organizzazioni criminali come la 'ndrangheta, la camorra e la sacra corona unita, oltre ad altre più piccole organizzazioni locali, ma non meno pericolose, come, ad esempio, la c.d. "società" foggiana - il legislatore e la giurisprudenza sono ricorsi ad istituti ove la prevenzione generale risulta assolutamente dominante rispetto alle garanzie della persona. Intendiamo riferirci ad istituti come il concorso esterno nel delitto di cui all'art. 416-*bis*, allo scambio elettorale politico-mafioso, al conflitto tra le misure cautelari in *subiecta materia* e la presunzione d'innocenza, alle misure di prevenzione patrimoniali antimafia e, da ultimo, sul piano penitenziario, al regime ipersecuritario di cui all'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario⁹.

4. Ovviamente nei tempi a noi più vicini il diritto penale del nemico si è coniugato con il c.d. populismo penale, che risulta figlio del populismo politico

⁸ Sul delitto tentato, di recente ed in modo veramente esaustivo, cfr. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, che infatti concluse nel senso che, in chiave di riforma, si dovrebbe utilizzare la formula, di origine germanica, degli *atti prossimi all'esecuzione*, così da anticipare sì la tutela penale, ma non fino al punto di rendere sempre penalmente irrilevanti gli atti meramente preparatori.

⁹ Abbiamo approfondito partitamente questi argomenti in MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, spec. 88 ss., cui, pertanto, per ulteriori approfondimenti, anche di carattere bibliografico e giurisprudenziale, ci permettiamo di rinviare.

nonché di quello giudiziario¹⁰ e che caratterizza, in particolare, l'attuale Governo gialloverde, ove, da un lato, l'atteggiamento "razzistico" della Lega e, dall'altro, il populismo finanziario del Movimento 5Stelle hanno provocato una miscela davvero "esplosiva", non solo per il conflitto instaurato con le autorità comunitarie, ma anche, come constateremo di qui a poco, per le ricadute pure sul diritto penale. Risultano, infatti, emblematiche a questo proposito due "vicende" del potere legislativo, che, almeno a nostro avviso, dimostrano un approccio non razionale, bensì simbolico-espressivo, cioè, in fondo, emozionale, ai problemi trattati. Intendiamo in primo luogo riferirci alla proposta di introduzione della c.d. legittima difesa "presunta", ove l'art. 52, con particolare riguardo alla legittima difesa domiciliare, si presume sussistente, attraverso l'introduzione di un meccanismo presuntivo *iuris et de iure*, che però inevitabilmente confligge con la modifica dell'art. 55 c.p., nel senso di prevedere l'eccesso di legittima difesa come scusante, sulla falsariga del paragrafo 33 StGB, nel senso, cioè, che l'agredito sarà scusato se utilizza un'arma in uno stato di minorata difesa, oppure di paura e/o di panico, causate, però, dalla situazione di pericolo¹¹. Orbene, risulta di palmare evidenza la contraddizione, in quanto la presunzione assoluta di difesa legittima, che si intende introdurre allo scopo di evitare in ogni modo all'agredito l'instaurarsi di un processo penale, entra inevitabilmente in conflitto con la scusante qui descritta che invece, di per sé, richiede sempre da parte del giudice penale un accertamento dei requisiti di carattere sia psichico, che fattuale, che compongono l'eccesso di legittima difesa. Né può validamente sostenersi che la modifica all'art. 55 costituisca, in definitiva, la ratio esplicativa della modifica apportata all'art. 52 c.p., non solo perché risulta ben strano che la *ratio legis* debba essere addirittura espressa in una norma di legge e non, al contrario, ricavata in via interpretativa, ma anche in quanto le due norme risultano così antitetiche, per cui l'una non può certo considerarsi la spiegazione dell'altra. In definitiva, il messaggio è evidente, nel senso di veicolare alla popolazione un orientamento culturale di liceità generalizzata della reazione rispetto ad un'aggressione domiciliare, ma in tal modo, se vengono soddisfatti i bisogni emotivi di pena, per altro verso si rischia una giustizia "fai da te", ovvero una sorta di *Far West* in salsa nostrana.

Anche il disegno di legge c.d. "spazzacorrotti", presentato dal Ministro della

¹⁰ In argomento cfr. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*; nonché PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, rispettivamente 95 ss. e 123 ss.

¹¹ Ci siamo più ampiamente occupati del tema nel saggio, MANNA, *Uno spettro si aggira per l'Europa: il populismo politico-penale*, di prossima pubbl. su *Rivista penale della Globalizzazione*.

Giustizia, On. Bonafede, risente di questo approccio a sfondo irrazionale, in primo luogo perché prevede, anche per la commissione di uno solo dei reati dei p.u. contro la p.A., ben inteso se la pena supera un determinato limite, cioè i due anni di reclusione, la sanzione accessoria dell'interdizione perpetua o dai pubblici uffici, oppure dalla capacità di contrattare con la pubblica Amministrazione, in tal modo utilizzando chiaramente il condannato come "capro espiatorio", senza tenere in minimo conto che la persona è sempre un fine e mai un mezzo di politica criminale¹². A ciò si aggiunga l'utilizzazione, del tutto fuori luogo, dell'agente sotto copertura, che, in realtà, si rivela una sorta di agente provocatore, giacché è ormai risaputo a livello empirico-criminologico che tali tipi di agente funzionano per scardinare dall'interno le organizzazioni criminali, ma hanno ben poco spazio di manovra, se non punto, nei reati come la corruzione e/o la concussione che notoriamente, trattandosi di c.d. reati-contratto, sono integrati da un patto a due persone, o al più a tre, se si intende includervi anche il traffico di influenze illecite. Se, infine, a tutto ciò si aggiunge la prospettiva di escludere il ricorso al rito abbreviato, in chiave processuale, per reati considerati di grave allarme sociale, il sistema penale a sfondo "populista" si completa, perché razionalmente non ci si rende conto che un processo tendenzialmente accusatorio, come quello italiano, in tanto può funzionare, in quanto solo una ristretta parte dei procedimenti rifluisca al dibattimento e ciò, come dimostra l'esperienza Nord-americana, è possibile solo laddove funzionino i riti alternativi, cioè, appunto, da noi il patteggiamento sul rito e quello sulla pena.

5. L'ondata populista, almeno a nostro avviso, non ha risparmiato nemmeno la giurisprudenza, a causa soprattutto di quel fenomeno ormai generalmente definito come "giurisprudenza giuscreativa", ove il giudice penale tende, in chiave teleologica, a travalicare la norma penale, per inseguire la regolamentazione del caso concreto, in tal modo però superando sovente la *littera legis* e, quindi, mettendosi in linea di collisione con il principio di stretta legalità ed i suoi corollari¹³.

Il fenomeno della giurisprudenza giuscreativa, tale per cui ormai costituisce autonoma fonte di diritto anche nell'ambito del diritto penale, che invece nei

¹² Sia consentito, per maggiori approfondimenti, il rinvio a MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in questa *Rivista* online, 2018, spec. 4 ss.

¹³ Da ultimo, sui rapporti tra Stato costituzionale di diritto e l'espansionismo giudiziario, COSTANZO, *Principio di legalità, azione penale e trasformazioni dello Stato di diritto*, Milano, 2018, spec. 15 ss., e la bibliografia ivi citata.

Paesi continentali dovrebbe essere costituita dalla sola *lex scripta*, naturalmente, una volta mollati gli ormeggi del vincolo alla legge ed entrata nel mare aperto, la giurisprudenza, senza, peraltro, la vincolatività del precedente, se non in senso minimale¹⁴, produce inevitabilmente oscillazioni, che anch'esse sono dovute molto spesso al condizionamento inevitabile dei *mass-media*, che contribuiscono a formare la c.d. "precomprensione" del giudice, nel senso, cioè, che quest'ultimo, nell'interpretare la norma, inevitabilmente la inserisce nella sua "concezione del mondo"¹⁵.

Nell'ambito della precomprensione, inevitabilmente agiscono anche le pressioni che il giudice penale, si badi, in modo del tutto lecito, riceve dalle Procure della Repubblica e ciò spiega la ragioni perché, ad esempio, l'UCPI ha presentato una proposta di legge popolare, firmata da circa 70 mila persone ed ora calendarizzata in Parlamento, per la separazione della carriera, quale applicazione dell'art. 111 della Costituzione, anche se va aggiunto, come è noto, l'atteggiamento in genere contrario della stessa magistratura.

Volendo ora scendere più nel concreto, intendiamo fare riferimento a due casi giudiziari di recente assurti agli onori della cronaca, di cui il primo, già menzionato, riguarda il cd. processo Stato-mafia, in cui già il capo d'imputazione lascia francamente emergere alcune perplessità, in quanto è stato contestato dalla Procura di Palermo il reato di minaccia a corpo politico, che, se appare configurabile naturalmente per quanto riguarda gli appartenenti a Cosa Nostra, sembra, viceversa, intimamente contraddittorio con riferimento a supposti apparati deviati dello Stato, non solo perché l'organizzatore, ovvero sia l'On. Mannino, è stato assolto in giudizio abbreviato, pur se ha impugnato la Procura, ma anche volendo usare il meccanismo del concorso di persone, appare francamente difficile che apparati qualificati dei carabinieri, siccome hanno dato luogo ad una trattativa considerata illecita, avrebbero per ciò solo minacciato un corpo politico, cui comunque loro stessi appartengono.

In secondo luogo, non ci si può dimenticare che la trattativa Stato-mafia avviene proprio quando si sono verificate alcune importanti stragi, come quella, ad esempio, di Via dei Georgofili, nonché l'attentato, per fortuna non riuscito a causa di un malfunzionamento dell'esplosivo, addirittura allo Stadio Olimpico di Roma durante una partita di calcio. Ciò sta a significare, almeno a no-

¹⁴ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2ª, Torino, 2014.

¹⁵ ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 2010.

stro sommosso avviso, che si sarebbe dovuta approfondirne assai di più di quanto è avvenuto, ci si consenta, in modo forse troppo sintetico, nella sentenza, la tematica relativa alla sussistenza, o no, della scriminante del soccorso di necessità, nel senso che, evidentemente, la trattativa, nella prospettiva in cui si ritiene che vi sia stata, era funzionale al far cessare questi fenomeni tipici della mafia stragista, e ciò spiegherebbe la ragione ultima per cui l'allora Ministro della Giustizia, Prof. Giovanni Conso, decise di revocare il regime carcerario di cui all'art. 41-*bis* o.p., a numerosi mafiosi, seppure di piccolo e medio calibro, ristretti nelle carceri speciali¹⁶.

La seconda vicenda giudiziaria contrassegnata anch'essa da un clima fortemente emotivo, cui per vero hanno contribuito anche taluni difensori particolarmente agguerriti, riguarda il processo c.d. di Mafia-Capitale, ove la derubricazione in primo grado dell'originaria imputazione di cui all'art. 416 bis c.p., è dovuta all'esplicito riconoscimento che la c.d. riserva di violenza si pone in linea di aperto conflitto con la *littera legis* della norma in esame, che infatti utilizza il verbo "si avvalgono" all'indicativo, con ciò intendendosi che i requisiti di cui all'associazione di tipo mafiosa devono essere in atto e non solo in potenza. Il secondo grado, però, ha ribaltato totalmente questo orientamento, seguendo un indirizzo, invero minoritario, ma presente anche nella Suprema Corte di cassazione, per cui nel 416-*bis* i requisiti di fattispecie possono risultare anche solo in potenza e non già in atto¹⁷.

Si tratterà ora di verificare se, una volta arrivato il processo in Corte di cassazione, si deciderà, da parte del Primo Presidente, come auspichiamo, a questo punto, assolutamente necessario, di rinviare la questione alle Sezioni unite penali, giacché, a nostro sommosso avviso, appare inaccettabile che un unico testo di legge, come l'art. 416-*bis*, dia luogo a due distinte fattispecie criminose che "convivono" nel c.d. diritto vivente¹⁸.

6. La giurisprudenza, però, anche in materie così intrise di prevenzione generale, come, in particolare, il 41-*bis* o.p., sta gradualmente inserendo elementi di garanzia e quindi aprendo, seppure ancora progressivamente, ad una concezione del carcere speciale più rispettosa dei diritti della persona. Va menzionata in primo luogo un'importante sentenza della Corte costituzionale del

¹⁶ Per critiche, sotto molti profili, analoghe, cfr. FIANDACA, *Lo sguardo del giurista*, cit..

¹⁷ In argomento, di recente ed esaustivamente, POMANTI, *Le metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, Pisa, 2018.

¹⁸ MANNA, *I "confini mobili" dell'associazione per delinquere di stampo mafioso ovvero della cd. concezione antropomorfa della norma penale*, in www.parolaalladifesait.

2018, secondo la quale è stato ritenuto “contrario al senso di umanità”, ex art. 27, terzo co., Cost., imporre ai detenuti in regime di 41-*bis* il divieto di cuocere cibi in cella¹⁹. Pur se di primo acchito potrebbe sembrare solo un piccolo passo avanti, in realtà, ad un più approfondito esame, si apre un’importante finestra verso un tentativo, per quanto consentito, viste le caratteristiche del 41-*bis*, di rendere almeno tale regime più consono alle esigenze della persona umana.

La sentenza, tuttavia, che merita ancor maggior rilievo è quella della Corte Europea dei diritti dell’uomo nel caso di Bernardo Provenzano²⁰.

La Corte di Strasburgo ha, infatti, ritenuto violato l’art. 3 CEDU, contenente il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti, condannando così lo Stato italiano per aver rinnovato l’applicazione dell’art. 41-*bis* ord. pen. al detenuto Bernardo Provenzano, nonostante le sue peggiorate condizioni di salute. Il Provenzano, infatti, all’epoca era afflitto da un tumore al quarto stadio, sostanzialmente inoperabile, pesava circa 40 kg ed era alimentato attraverso un sondino naso-gastrico. In queste condizioni risulta evidente come il carcere duro non possa svolgere la sua ritenuta, duplice funzione, cioè quella di evitare, da un lato, il contatto del detenuto stesso con gli altri detenuti e, soprattutto, con il mondo esterno, nonché quella, dall’altro, di indurlo a collaborare con la giustizia. Risulta, infatti, chiaro come il Provenzano nella situazione di salute così gravemente compromessa, non poteva certo più esercitare alcun tipo di “funzione criminale”, né essere indotto ad alcun tipo di collaborazione processuale, per cui viene affermato dalla Corte Europea, come peraltro era già avvenuto in un recente passato da parte della Prima Sezione penale della Corte Suprema di Cassazione, il diritto di ogni persona, anche se autore di efferati delitti, ad una morte libera e dignitosa.

Queste due pronunce svolgono, in un certo senso, il ruolo di contraltare garantista, rispetto alle sentenze di merito di Palermo e di Roma che abbiamo in precedenza ricordato, sicché, in definitiva, anche la decisione giurisprudenziale si trova condizionata, forse inevitabilmente, da fattori emozionali che provengono da varie parti, per cui subisce oscillazioni in varia guisa, che poi, magari, vengono corrette dalle Corti superiori.

¹⁹ Corte cost., n. 186 del 2018, in *Unione delle Camere penali italiane, newsletter giurisprudenza*, n. 55, 15 ottobre 2018, 3.

²⁰ Corte EDU, Sez. I, sent. 25 ottobre 2018, ric. n.m 55080/13, in *dirittifondamentali.it*, su cui cfr. SCARCELLA, *CEDU: Italia condannata per i trattamenti inumani a Provenzano*, in *Il Quotidiano giuridico*, 2018; nonché *Provenzano c. Italia, la Corte EDU condanna l’Italia per violazione dell’art. 3 CEDU*, in *Questione giustizia*, 29 ottobre 2018.

7. In conclusione, anche il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 124, avente ad oggetto la riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e di lavoro penitenziario, all'art. 20 ter o.p. sui lavori di pubblica utilità, se apre a questi ultimi, osserviamo però come anche tale possibilità sia preclusa per i detenuti di cui all'art. 416-bis c.p., nel senso appunto che le aperture in materia di vita penitenziaria sono bilanciate da una netta chiusura nei confronti della criminalità organizzata²¹. Volendo ora tirare le fila di questo complesso discorso e ritornare intenzionalmente al titolo del Convegno, non possiamo che concludere nel senso che non solo a partire dal diritto penale del nemico, ma proseguendo con il populismo penale, già il legislatore non si fa più condurre verso decisioni a sfondo razionale, perché prevalgono, soprattutto in questi ultimi tempi, progetti di legge a forti tinte simbolico-espressive, funzionali essenzialmente a lanciare un messaggio alla popolazione, senza curarsi troppo se il messaggio stesso ha, o no, una concreta possibilità di essere realizzato. In questa temperie emotiva naturalmente viene condizionata anche la decisione giudiziaria, per la quale diventa estremamente problematico il controllo di razionalità, proprio perché il fenomeno della giurisprudenza giuscreativa conduce inevitabilmente a staccarsi dalla *littera legis* e, quindi, a confidare essenzialmente nella capacità euristica della singola decisione giudiziaria, ma ciò comporta inevitabilmente pericolose oscillazioni che la stessa Corte Suprema di Cassazione prova con difficoltà ad arginare, tanto da mettere seriamente in discussione la sua, peraltro fondamentale, funzione nomofilattica.

²¹ MANCA V., *Il decreto di riforma in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Il Quotidiano giuridico*, 20 ottobre 2018, 3.