

The background of the cover features a wooden gavel and a wooden house-shaped object on a wooden surface. The gavel is positioned diagonally in the upper left, and the house-shaped object is in the lower right. The text is overlaid on the upper portion of the image.

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

*La riforma della legittima difesa*

ISSN 2240-7618

3/2019

#### EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

#### EDITORIAL BOARD

*Italy:* Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò  
*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt

Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

#### MANAGING EDITOR

Carlo Bray

#### EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trincherà, Stefano Zirulia

#### EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>LA RIFORMA DELLA LEGITTIMA DIFESA</p> <p><i>LA RIFORMA A LA LEGITIMA DEFENSA</i></p> <p><i>SELF-DEFENCE REFORM</i></p>	<p><b>La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia</b> 1</p> <p><i>La reforma a la legitima defensa</i></p> <p><i>Self-defence Reform</i></p> <p>Federico Consulich</p> <hr/> <p><b>Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.</b> 26</p> <p><i>Un estudio comparado del exceso de legítima defensa domiciliaria en Italia (art. 55 co. 2 c.p.)</i></p> <p><i>A Comparative Study of the Excess of Domestic Self-defence in the New Italian art. 55 co. 2 C.P.</i></p> <p>Francesco Macri</p>
<p>L'OGGETTIVO SU...</p> <p><i>OBJETIVO SOBRE...</i></p> <p><i>FOCUS ON...</i></p>	<p><b>Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto</b> 62</p> <p><i>Iura et leges ¿Por qué la ley no existe sin el derecho?</i></p> <p><i>Iura et leges. Because Law Doesn't Exist Without Right</i></p> <p>Massimo Donini</p> <hr/> <p><b>La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello (Corte Cost. n. 24/2019)</b> 90</p> <p><i>El comiso de prevención en la tutela constitucional multinivel (Corte Constitucional n. 24/2019)</i></p> <p><i>The preventive Confiscation in the Multilevel Constitutional Protection (Constitutional Court n. 24/2019)</i></p> <p>Anna Maria Maugeri, Paulo Pinto de Albuquerque</p> <hr/> <p><b>Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-general e ricadute penalistiche</b> 158</p> <p><i>Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante. Observaciones teórico-generales y consecuencias penales</i></p> <p><i>European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent. Theoretical Starting Points and Criminal Consequences</i></p> <p>Alessandro Tesaro</p> <hr/> <p><b>Il superamento delle preclusioni alla risocializzazione: un'occasione mancata della riforma penitenziaria</b> 194</p> <p><i>Una oportunidad perdida para la reforma penitenciaria</i></p> <p><i>Overcoming Foreclosure to Resocialisation: A Missed Opportunity for Prison Reform</i></p> <p>Francesca Delvecchio</p>

	<b>Il comportamento gravemente colposo del lavoratore e la responsabilità del datore di lavoro</b>	241
	<i>Conducta gravemente culposa del trabajador y responsabilidad del empleador</i>	
	<i>The severely negligent behaviour of the worker and the responsibility of the employer</i>	
	Luca Carraro	
	<b>Challenging Common Sense. The Confession Dilemma</b>	256
	<b>An Analysis of the “Canaro della Magliana” Case</b>	
	<i>Oltre il Buon Senso. Il Dilemma Confessorio</i>	
	<i>Un’Analisi del Caso del “Canaro della Magliana”</i>	
	<i>Desafiando el sentido común. El dilema de la confesión.</i>	
	<i>Un análisis del caso del “Canaro della Magliana”</i>	
	Giulio Soana	
<b>DIRITTO STRANIERO E COMPARATO</b>	<b>Corruption, Freedom of Speech within Campaign Finance Law in the United States</b>	274
<i>DERECHO EXTRANJERO Y COMPARADO</i>	<i>Corruzione e libertà di parola nella regolamentazione del finanziamento delle campagne elettorali negli Stati Uniti</i>	
<i>FOREIGN AND COMPARATIVE LAW</i>	<i>Corrupción y libertad de expresión en la regulación del financiamiento de las campañas electorales en los Estados Unidos</i>	
	Sira Grosso	
	<b>Riflessioni sugli istituti di clemenza collettiva alla luce dell’esperienza tedesca e austriaca</b>	285
	<i>Reflexiones sobre las instituciones de clemencia colectiva a la luz de la experiencia alemana y austriaca</i>	
	<i>Reflections on Collective Pardon Measures in Light of the German and Austrian Experience</i>	
	Kolis Summerer	
	<b>True and False in the “Bifurcation” of the Italian Criminal Proceedings</b>	317
	<i>Vero e falso nella transizione del processo penale italiano verso il sistema bifasico</i>	
	<i>Verdadero y falso en la transición del proceso penal italiano al sistema bifásico</i>	
	Federica Centorame	

L'OBBIETTIVO SU...

*OBJETIVO SOBRE...*

*FOCUS ON...*



# Il superamento delle preclusioni alla risocializzazione: un'occasione mancata della riforma penitenziaria

*Una oportunidad perdida  
para la reforma penitenciaria*

*Overcoming Foreclosure to Resocialisation:  
A Missed Opportunity for Prison Reform*

FRANCESCA DELVECCHIO

*Dottoressa di ricerca presso l'Università di Foggia  
francesca.delvecchio@unifg.it*

CARCERE, PRINCIPIO DI LEGALITÀ,  
RIEDUCAZIONE

CÁRCEL, PRINCIPIO DE LEGALIDAD,  
REHABILITACIÓN

IMPRISONMENT, NULLUM CRIMEN  
PRINCIPLE, REHABILITATION

## ABSTRACTS

Ad oltre quarant'anni dalla riforma penitenziaria, l'umanesimo di matrice costituzionale che ne aveva ispirato la trama sembra aver lasciato il passo ad una involuzione carcerocentrica veicolata da molteplici interventi punitivo-simbolici con cui il legislatore dell'emergenza ha inteso "trincerare" il sistema penitenziario. Utilizzando il grimaldello rappresentato dall'art. 4-*bis* ord. penit., sono stati progressivamente inseriti numerosi automatismi carcerari, basati su presunzioni pressoché assolute di persistente pericolosità sociale, che impongono di default un trattamento carcerario di rigore. In direzione opposta si è mossa la giurisprudenza costituzionale, impegnata in un'opera di *reductio ad constitutionem* del sistema penitenziario che sembra celare l'inizio di un progressivo superamento del modello di decisione giudiziale basato su regole generali indefettibili, che affidano al solo legislatore il bilanciamento degli interessi in gioco, amputando di netto la discrezionalità del giudice. Lungo questa traiettoria si è inserita la recente riforma penitenziaria, nata con il dichiarato intento di superare il rigido sistema delle preclusioni alla riabilitazione, relativizzando le presunzioni assolute di pericolosità e restituendo al giudice di sorveglianza la facoltà di individualizzare il trattamento carcerario. Il pregevole lavoro istruttorio e redazionale iniziato con gli Stati generali e poi confluito nel progetto Giostra, però, ad un metro dal traguardo è stato travolto dall'ennesima deriva populista, che ha stroncato l'opera di sfolgimento delle ipotesi ostative alla rieducazione.

A más de cuarenta años de la reforma penitenciaria, el humanismo de matriz constitucional que inspiró la modificación parece haber dado paso a una involución carcelocéntrica incentivada por múltiples intervenciones punitivo-simbólicas con las cuales el legislador de emergencia ha intervenido el sistema penitenziario. Utilizando la gánzúa representada por el artículo 4-bis de la ordenanza penitenziaria, han sido progresivamente incorporados numerosos automatismos carcelarios, basados en presunciones que imponen por default un tratamiento carcelario de rigor. En dirección opuesta se ha movido la jurisprudencia constitucional, embarcada en una interpretación de *reductio ad constitutionem* del sistema penitenziario que pareciera marcar el inicio de una progresiva superación del modelo de decisión judicial basado en reglas generales infalibles, que confían exclusivamente al legislador la ponderación de los intereses en juego. En este contexto se enmarca la reciente reforma penitenziaria, nacida con la intención declarada de superar el rígido sistema relativizando las presunciones absolutas de peligrosidad y otorgando al juez la facultad de individualizar el tratamiento carcelario. El valioso trabajo preliminar que comenzó con los Estados Generales y que luego derivó en el proyecto Giostra, sin embargo, cerca del final se vio abrumado

por otra deriva populista, que cortó el trabajo de diluir los obstáculos para la reeducación.

---

More than forty years after the prison reform, the underlying constitutional humanism thereof seems to be overcome by a prison-centric involution, where legal punitive-symbolic measures aims to 'entrench' the prison system. Through art. 4-bis of the Prison Law, several automatic effects based on presumptions almost absolute provide for a default harsh imprisonment. The Constitutional Court case law, in turn, tried to make the prison system consistent with the Constitution, starting to overcome the judicial approach grounded on imperative rules, where only the lawmaker is entitled to struck a deal among the interests at stake, limiting the judicial review. In the said pattern, the recent Prison Reform had the aim to overcome the strict system of foreclosure to rehabilitation, avoiding absolute presumptions and giving back to the Judge overseeing sentences the power to tailor the treatment on each prisoner. The valuable preparatory and drafting work started by the States general and later included in the so-called Giostra project, however, was eventually overturned by the umpteenth populist drifting, that stopped the reduction of the cases limiting re-education.

## SOMMARIO

1. La questione carceraria intrappolata nella «matassa delle paure». - 2. Gli automatismi penitenziari e le presunzioni di persistente pericolosità. - 3. I meccanismi ostativi ai benefici penitenziari sotto la scure della Corte costituzionale - 4. Le presunzioni ai tempi della crisi della legalità. - 5. L'iter della riforma penitenziaria Orlando: dagli Stati generali alla prima bozza di decreto. - 6. Nuova legislatura, nuova riforma penitenziaria: nessuna novità in tema di preclusioni alla riabilitazione.

## 1.

La questione carceraria intrappolata nella «matassa delle paure»<sup>1</sup>

Le dinamiche che scandiscono la questione carceraria e i diritti su cui queste dinamiche incidono costituiscono la «vera, grande, drammatica narrazione comune del nostro presente»<sup>2</sup>.

Qui si incontrano i grandi temi della dignità e del rispetto dei diritti dell'uomo, requisiti minimi della «società decente» descritta oltre un ventennio fa da Margalit<sup>3</sup>, insieme agli uguali e contrari principi di difesa sociale all'interno di uno Stato di diritto.

Dalla trama essenziale della nostra *grundnorm* emerge l'ambiziosa scommessa dei Padri costituenti nell'adottare una prospettiva punitiva «razionale», preordinata a bilanciare l'efficienza repressiva con la garanzia dei diritti fondamentali della persona<sup>4</sup>.

Pur nella mutevolezza degli assetti legislativi ed organizzativi, le coordinate essenziali del sistema costituzionale (e delle Convenzioni internazionali) designano un modello penitenziario tendenzialmente rigido in cui la pena detentiva, fermo il suo irrinunciabile aspetto retributivo, deve essere ispirata – da un lato - al principio di «umanizzazione», che rafforza la tutela accordata al valore della persona anche nella particolarissima condizione carceraria<sup>5</sup>; e – dall'altro - al principio rieducativo, da intendersi come capacità del sistema di farsi carico del detenuto anche *post rem iudicatam*, offrendogli una concreta *chance* riabilitativa<sup>6</sup>. Queste due coordinate si inseriscono all'interno di «un contesto unitario, non dissociabile»<sup>7</sup> «in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro»<sup>8</sup> e ciò pare confermato dal dato testuale, laddove l'art. 27, comma 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<sup>9</sup>.

Non solo. Nella sua struttura lessicale, il testo costituzionale ci parla di «*pene*» al plurale

<sup>1</sup> L'espressione è di AUGÈ (2014).

<sup>2</sup> RODOTÀ (2015), p. 10.

<sup>3</sup> MARGALIT (1998).

<sup>4</sup> Fortemente evocativa della c.d. «teoria polifunzionale della pena» è la metafora utilizzata da PUGIOTTO (2014), p. 2 ss., secondo cui l'art. 27 Cost. «ha agito come una rotonda stradale: orientando in tutte le direzioni possibili, disorientava, facendo così smarrire il senso indicato dalla segnaletica costituzionale. Questo perché affermare l'equivalenza tra retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale negativa, rieducazione, vanifica la precettività del disposto costituzionale: bastava che una pena fosse incasellabile in un qualunque delle finalità in catalogo, e il gioco era fatto». In senso conforme, fra i contributi più risalenti, VASSALLI (1961), p. 310 ss., secondo il quale, fermo restando che la pena è un *quid compositum*, la sua componente rieducativa «forma la base dell'intero sistema penitenziario e dovrà continuare ad essere il punto di partenza d'ogni riforma futura»; ID. (1982), p. 442 ss. Si vedano, inoltre, BETTIOL (1964), p. 3 ss.; RUOTOLO (2005), p. 54 ss. Più di recente, sui molteplici aspetti della pena, v. PALIERO *et al.* (2018).

<sup>5</sup> Il primo contributo organico recante un'approfondita analisi delle situazioni soggettive della persona *in vinculis* si deve a GREVI (1981). In ordine a taluni particolari aspetti, v. anche CHIAVARIO (1985), p. 17 ss.; ID. (1984), p. 364 ss.; FERRAJOLI (1982), p. 351 ss.; LA GRECA (1995), p. 875 ss.; NESPOLI (2000), p. 446 ss.; ID. (1979), p. 321 ss.; VALIA (1999), p. 1 ss.

<sup>6</sup> L'umanizzazione sanzionatoria e l'individualizzazione trattamentale si intersecano in funzione di sintesi con la sua finalità rieducativa, introducendo una dimensione del trattamento penale assolutamente innovativa nel contesto storico in cui fu formulata la Costituzione italiana. Se, infatti, la sanzione penale era sempre stata intesa in senso «retributivo», vale a dire quale corrispettivo al comportamento socialmente dannoso posto in essere dal reo, ed in funzione «preventiva», quale deterrente alla commissione di nuovi illeciti, in forza dell'art. 27, comma 3, Cost., la pena assume primariamente una connotazione di «recupero sociale», finalizzata al reinserimento nella società del colpevole. Sul finalismo rieducativo, *ex multis*, DOLCINI (1979), p. 469 ss.; FASSONE (1980), p. 71 ss.; GREVI (1974), p. 562 ss.; VASSALLI (1982), p. 437 ss.; ID. (1961), p. 297 ss.

<sup>7</sup> C. cost., sent. n. 12/1966 con nota critica di SIGISMONDI (1966), p. 146 ss.

<sup>8</sup> C. cost., sent. n. 279/2013. Per un commento alla pronuncia si rinvia a DELLA BELLA (2013).

<sup>9</sup> Il testo approvato dalla Commissione dei 75 nella sua originaria versione stabiliva: «Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità». La norma suscitò immediate opposizioni e, benché qualcuno si mostrò a favore del primato della funzione rieducativa, i più espressero titubanze sulla compatibilità fra la pena e il progetto di rieducazione, proponendo numerosi emendamenti nel senso di attenuare, se non proprio di eliminare, la spiccata finalità riabilitativa che si voleva imprimere alla pena. All'esito del dibattito prevalsero scelte più moderate che si tradussero nell'inversione della posizione occupata dalle due proposizioni. Sul dibattito assembleare v. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1971, VI, 180 ss. Come sottolinea FIANDACA (1991), p. 225 ss., «il principio di rieducazione dovette essere retrocesso e posposto al divieto di trattamenti inumani, finendo così per essere almeno in parte annacquo in nome della neutralità dello Stato di fronte alle dispute scolastiche».

(art. 27, comma 3), contrapponendo la «detenzione» a «qualsiasi altra forma di restrizione della libertà personale» (art. 13, comma 2), riferendosi genericamente alla punizione, non all'incarcerazione (art. 25, comma 2). I padri costituenti ci raccontano, insomma, di una pluralità di soluzioni sanzionatorie possibili, rispetto alle quali il carcere rimane *extrema ratio*<sup>10</sup>.

I principi supremi brevemente rievocati, al netto di una evidente semplificazione, concorrono a delineare il volto costituzionale della pena e si traducono nel linguaggio del processualpenalista nella necessità – rispettivamente – di giurisdizionalizzare la fase esecutiva, blindando le posizioni soggettive dei detenuti<sup>11</sup>, e di conferire nuova linfa alle misure alternative alla detenzione, sintesi ideale perfetta di quei canoni di sussidiarietà e proporzionalità che pure costituiscono riflesso pragmatico dei valori costituzionali sopra richiamati<sup>12</sup>.

Con queste intenzioni è venuta alla luce la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975<sup>13</sup>, il cui più grande merito, come è stato più volte rimarcato, risiede nell'aver adottato come baricentro non più la mera dimensione organizzativa dell'amministrazione penitenziaria<sup>14</sup>, ma la persona del detenuto e i suoi diritti<sup>15</sup>. Questo «umanesimo penitenziario» consegue alla pretesa, eletta a criterio guida dell'ordinamento, di un trattamento conforme al senso di umanità, che implica il rispetto dei diritti «residui» del detenuto e la possibilità di farli valere innanzi ad un giudice<sup>16</sup>.

Da questo assunto si articola l'intera trama della legge 26 luglio 1975, n. 354 e si diramano le molte evoluzioni della giurisprudenza (specie costituzionale) che hanno finito per dare concretezza a quell'orizzonte culturale schiuso dall'art. 27, comma 3, Cost.

In quest'opera di adattamento il contributo del legislatore è stato assai più marginale, assumendo un atteggiamento pendolaristico e passando da spinte virtuose nel senso della finalità umanitaria e rieducativa della pena a polarizzazioni opposte che puntavano sulla sicurezza e sulla custodialità.

Di certo pregevoli le intenzioni della legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini) che, nella direzione di un'attuazione concreta e non di mera facciata della finalità rieducativa della pena, interveniva sulla disciplina dei benefici penitenziari con l'ambizione di fare della risocializzazione e della decarcerizzazione i criteri guida del nuovo sistema penitenziario<sup>17</sup>.

Una «scommessa anticustodialistica»<sup>18</sup> che veniva poi raccolta un decennio più tardi dalla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone)<sup>19</sup> e, più di recente, con particolare riferimento alla tutela dei diritti dei detenuti, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9 e dalla legge 11

<sup>10</sup> Evidenzia questo aspetto PUGIOTTO (2014), p. 10.

<sup>11</sup> In merito al processo di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale v., *ex multis*, CORBI (1992), p. 26 ss.; DEAN (2004), p. 1 ss., il quale mette in evidenza come la disciplina dell'esecuzione penale rifletta proprio «le scelte politico-legislative operate a monte dal legislatore in ordine ad alcuni dei grandi temi del diritto e della procedura penale: le finalità attribuite alla pena in un caso, e le valenze assegnate al giudicato nell'altro caso, rappresentano [...] due tra le più importanti variabili di fondo da cui finiscono per dipendere natura, struttura e funzioni della fase *post rem iudicatam*»; GAITO e RANALDI (2005), p. 28; LORUSSO (2002); PRESUTTI (1996), p. 1; SANTORO (1953), p. 5, in cui si legge: «(l')analisi dell'esecuzione penale rivela la sua intima correlazione con le teorie del reato, della pena, dei diritti e degli obblighi che ne discendono, dei rapporti giuridici di diritto penale».

<sup>12</sup> Sull'obiettivo risocializzante sotteso alle misure alternative alla detenzione v. per tutti DELLA CASA (2010), p. 818 ss. Si veda inoltre CASTALDO (2001), p. 7 ss.

<sup>13</sup> Sulla l. 26 luglio 1975, n. 354, v. BELLOMIA (1980), p. 919 ss.; DI GENNARO *et al.* (1977).

<sup>14</sup> Sul carattere eminentemente burocratico dell'esecuzione penale durante la vigenza del codice Rocco v., *ex plurimis*, BAROSIO (1966), p. 489 ss.; CORBI (1990), p. 286 ss. Sulla necessità di un cambio di passo in senso giurisdizionale, autorevolmente, CARNELUTTI (1947), p. 214 ss.; FLORIAN (1939), p. 570 ss.; VASSALLI (1942), p. 206 ss.

<sup>15</sup> La nuova legge sull'ordinamento penitenziario prende una netta distanza dal suo precedente come si evince facilmente dal suo stesso *incipit* («il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona» art. 1, comma 1, ord. penit.) che si propone come una parafrasi del dettato costituzionale. Su questi aspetti NEPPI MODONA (1995), p. 190 ss. Sulle linee guida del nuovo sistema penitenziario, *ex multis*, CECANESE (2005), p. 1004.

<sup>16</sup> Secondo l'insegnamento del Giudice delle leggi «chi si trova in stato di detenzione, pur privato 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 individuale» (C. cost., sent. n. 349/1993). E «al riconoscimento della titolarità del diritto non può non accompagnarsi il riconoscimento della possibilità di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale» (C. cost., sent. n. 26/1999).

<sup>17</sup> Come osserva LA GRECA (1995), p. 875, la l. 10 ottobre 1986, n. 663 fu caratterizzata dalla massima individualizzazione del trattamento esecutivo, dalla fiduciosa valorizzazione delle prospettive di recupero e di reinserimento del condannato, da un *favor libertatis* che tendeva ad attenuare o interrompere appena possibile lo stato di restrizione della persona. Anche le esigenze più squisitamente pragmatiche legate allo sfoltoimento della popolazione carceraria trovarono spazio nella nuova disciplina, che avanzò molto nella direzione della decarcerizzazione. Vennero ampliate le possibilità di uscita temporanea dei detenuti dagli istituti penitenziari, attraverso modifiche alla disciplina del lavoro all'esterno e della semilibertà e con l'introduzione dei permessi premio. Inoltre vennero incrementate le opportunità di esenzione, in tutto o in parte, dall'esecuzione penitenziaria, sia evitando l'ingresso in istituto, sia rendendo possibile la dimissione anticipata. In argomento, autorevolmente, GREVI (1988), p. 25. Sulla *ratio* che ha ispirato l'intervento v. BASILE *et al.* (1987), p. 7 ss.

<sup>18</sup> L'espressione appartiene a DELLA CASA (2015), p. 1166. Ad analoghe conclusioni giungeva GREVI (1988), p. 3 ss.

<sup>19</sup> Sulla l. 27 maggio 1998, n. 165, v. CANEVELLI (1998), p. 814 ss.; DELLA CASA (1998), p. 756 ss.; KALB (1998), p. 266 ss.; PITTARO (1999), p. 251 ss.

agosto 2014, n. 117<sup>20</sup>.

Fatta eccezione per questi innesti virtuosi, però, la tendenza più generale è stata nel senso dello sfrenato panpenalismo, attraverso la creazione di nuove fattispecie incriminatrici e l'inasprimento sanzionatorio e penitenziario<sup>21</sup>.

L'ossessione securitaria della "società del rischio" ha progressivamente eroso la sussidiarietà del sistema penale rispetto ad altri meccanismi di regolazione dei conflitti e di ricomposizione sociale, assecondando interventi punitivo-simbolici spesso dettati dall'urgenza di offrire risposte all'opinione pubblica. Questa tendenza politica – invero catalizzatrice di consensi elettorali – ha indotto il legislatore ad affrontare ogni reale (o supposto) motivo di insicurezza sociale ricorrendo allo strumento, meno impegnativo, dell'inasprimento della repressione penale.

Un'ipertrofia legislativa, icasticamente definita «politica di spaghetti *incapacitation*»<sup>22</sup>, che ha cavalcato le nuove paure sociali, vere o mediaticamente indotte che fossero, traducendosi in un'involuzione carcerocentrica nitidamente rappresentata dalle leggi in materia di stupefacenti, di immigrazione, di recidiva, nonché dai numerosi "pacchetti sicurezza".

Si è assistito, così, alla fine della stagione dei diritti sociali e alla nuova età dell'oro dei castighi<sup>23</sup>.

Effetto primario e diretto di questo nuovo *trend* securitario è stata proprio l'esplosione di una emergenza carceri<sup>24</sup>, impietosamente svelata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Torreggiani<sup>25</sup>, cui – come noto – è seguito un periodo di forte fibrillazione istituzionale, in cui si sono avvicendate una sentenza della Corte costituzionale<sup>26</sup>, un messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica<sup>27</sup>, tre decreti-legge<sup>28</sup>.

La minaccia delle sanzioni europee ha smosso una decisione, non tanto per il morso della coscienza, quanto per il calcolo dei costi, confermando così l'asservimento della politica legislativa alle scelte economiche, unico parametro dell'agire dell'uomo in questa epoca storica<sup>29</sup>.

L'urgenza di provvedere, come era prevedibile, ha lasciato traccia di sé nella formulazione tecnica delle norme, spesso approssimativa e grossolana, che ha moltiplicato le aporie del sistema anziché sanarle. La legislazione dell'emergenza ha partorito disposizioni che non solo (o non tanto) violano i principi di legalità, di offensività e di proporzionalità, ma che minano le stesse basi dello Stato di diritto.

Letta in questa prospettiva, la questione carceraria si iscrive – con peculiarità affatto speciali – in quella società «liquida» teorizzata da Bauman<sup>30</sup>, avviluppata nelle proprie paure, che

<sup>20</sup> La l. 21 febbraio 2014, n. 10 di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 si è mossa verso il potenziamento delle misure alternative alla detenzione attraverso l'introduzione della liberazione anticipata speciale, su cui – in senso critico – GIOSTRA (2014a), p. 322 ss.; PUGIOTTO (2015). Con il medesimo innesto si è assistito poi al potenziamento delle altre misure alternative, ora allargando le ipotesi applicative (come è avvenuto per l'art. 47 ord. penit. in materia di affidamento in prova, oggi applicabile ai condannati con pene, anche residue, fino a quattro anni, anziché tre), ora stabilizzando l'esecuzione presso il domicilio delle pene non superiori a diciotto mesi.

La l. 11 agosto 2014, n. 117 di conversione del d.l. 26 giugno 2014, n. 92 è intervenuta, invece, sui rimedi risarcitori in favore dei detenuti sottoposti a trattamenti inumani, introducendo il reclamo *ex art. 35-ter* ord. penit., su cui DELLA BELLA (2014a); FIORENTIN (2014a); GIOSTRA (2015a).

<sup>21</sup> Ben lontano dal principio del minor sacrificio della libertà personale di derivazione costituzionale, il nostro legislatore si è orientato in misura crescente verso l'uso del carcere come strumento ordinario di repressione penale, da utilizzare anche in misura massiccia nella fase precedente la condanna. Si è così realizzato il tradimento dei principi del garantismo penale (i quali, come insegna Beccaria, impongono di orientare l'azione politica nella direzione della minimizzazione della risposta carceraria) e il travisamento delle relative traduzioni costituzionali, RUOTOLO (2015), p. 57.

<sup>22</sup> PAVARINI (2006).

<sup>23</sup> Il carcere come l'inferno della Divina Commedia, le celle come gironi. Riprende la metafora dantesca, applicandola al sistema penitenziario statunitense, FERGUSON (2014).

<sup>24</sup> È il dato sconvolgente da cui sono scaturiti la Dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale del 13 gennaio 2010 e il successivo Piano carceri del 2010.

<sup>25</sup> Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, per il cui commento a prima lettura si rinvia a VIGANÒ (2013); nonché a CORVI (2013), p. 1794 ss. La pronuncia era stata preceduta da Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, su cui v. COMUCCI e MEDDIS (2009), p. 449 ss.; EUSEBI (2009), p. 4938 ss.

<sup>26</sup> Il riferimento è a C. cost., sent. n. 279/2013, che ha affermato come «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia». Per una prima lettura a caldo della pronuncia si rinvia LEO (2013).

<sup>27</sup> Nel Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria dell'8 ottobre 2013 si parlò in toni preoccupati dell'«abisso che separa una parte – peraltro di intollerabile ampiezza – della realtà carceraria di oggi dai principi dettati dall'art. 27 della Costituzione». In argomento PULITANÒ (2013).

<sup>28</sup> Il riferimento è, in ordine cronologico, al d.l. 1 luglio 2013, n. 78 convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 94, al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 convertito nella l. 21 febbraio 2014, n. 10 e infine al d.l. 26 giugno 2014, n. 92 convertito nella l. 11 agosto 2014, n. 117. Per uno sguardo di insieme si rinvia a CAPRIOLI e SCOMPARIN (2015); DEL COCO *et al.* (2014); DELLA BELLA (2014b).

<sup>29</sup> Per questa notazione critica v. FILIPPI (2014), p. 377.

<sup>30</sup> BAUMAN (2011).

costituisce «un giacimento inesauribile di redditizie opportunità politiche»<sup>31</sup>. Ad ogni allarme sociale (pedofilia, stupefacenti, sequestri di persona, furti in appartamento, immigrazione clandestina, terrorismo, omicidio colposo stradale, ecc.) segue un intervento securitario uguale e contrario, sempre nel segno di quel «diritto penale massimo»<sup>32</sup> che non solo tranquillizza l'opinione pubblica «a costo zero», ma ne conquista il consenso in termini elettorali.

È un fenomeno endemico, si verifica anche all'estero naturalmente, ma in Italia raggiunge picchi allarmanti.

Le cause sono tristemente note e legate a filo doppio a tradizionali vizi *made in Italy*.

La prima è sicuramente da cogliere proprio sul piano politico: in molti (e non a torto) sottolineano come il confronto impossibile fra maggioranza e opposizione che ha caratterizzato le ultime legislature abbia finito con lo svilire il ruolo stesso del Parlamento il quale, da luogo istituzionale deputato all'esercizio della funzione legislativa, si è trasformato in un'arena per scontri dettati «da deleteri personalismi e da un'indifferenza quasi genetica e strutturale al dialogo»<sup>33</sup>. La precarietà governativa ha moltiplicato, poi, le occasioni di richiamo alle urne e, per l'effetto, ha amplificato questa tendenza alla personalizzazione e alla mediatizzazione che – si sa – caratterizza ogni vigilia elettorale<sup>34</sup>.

Questa politica demagogica si è accompagnata, risultandone al contempo causa ed effetto, ad una informazione emotiva ed e allarmistica che sotto il vessillo della sicurezza ha marciato verso un «orizzonte artificiale»<sup>35</sup> fatto di emozioni e paure e quasi sempre slegato da uno studio scientifico del dato reale<sup>36</sup>.

Il sistema penitenziario ne è uscito stravolto. Eravamo il paese del garantismo di Beccaria, siamo diventati il paese dell'emergenza Torreggiani.

## 2.

### Gli automatismi penitenziari e le presunzioni di persistente pericolosità

Nell'era del populismo penale anche le dinamiche che governano la fisiologia dei processi di criminalizzazione paiono destinate a cambiare.

In primo luogo si è assistito negli anni ad uno spostamento della *leadership* del processo legislativo dal Parlamento al Governo: il frequente ricorso alla decretazione d'urgenza, ai maxi-emendamenti e al voto di fiducia rappresentano sintomo inequivocabile di questo «disagio democratico»<sup>37</sup>.

A tale straripamento istituzionale ha fatto seguito l'ulteriore e preoccupante alterazione dei fisiologici rapporti fra il legislatore democratico e l'apparato giudiziario, nella direzione di una netta amputazione della discrezionalità del giudice attraverso l'introduzione nel tessuto codicistico di plurimi automatismi carcerari.

L'espressione compendia «tutti quei meccanismi legali che, pur in presenza dei requisiti soggettivi (meritevolezza) e oggettivi (entità della pena da scontare) che consentirebbero ad un condannato di lasciare il carcere o di non entrarvi, vietano al giudice di disporre misure diverse dalla detenzione intramuraria in ragione del titolo del reato commesso o dello *status* (es. recidivo) del condannato»<sup>38</sup>.

Tali meccanismi riposano su una presunzione di persistente pericolosità del condannato che si pone in ottica retrospettiva e alternativa rispetto ad una valutazione concreta della sua personalità e del suo percorso trattamentale: il giudice viene sollevato dall'accertamento

<sup>31</sup> Così GIOSTRA (2014b).

<sup>32</sup> La celebre espressione si deve a FERRAJOLI (1989), pp. 80-87.

<sup>33</sup> Così LORUSSO (2017), p. 1. In termini parimenti critici GIOSTRA (2014b), secondo cui siamo vittima di «una «politica verbale» fatta di preannunci, rodomontate programmatiche, *spot*, promesse, ipertrofia legislativa – (che) non è solo una componente della politica penale, ma tende sostanzialmente ad esaurirla».

<sup>34</sup> Ancora GIOSTRA (2014b).

<sup>35</sup> Cfr. CERRETTI (1992).

<sup>36</sup> Ne offre un recente bilancio, tanto lucido quanto desolante, AMODIO (2016). In tema anche BERTOLINO (2004), p. 1070 ss.; PALIERO (2007), p. 289 ss. Sul tema specifico dei *media* nel campo dell'esecuzione penale si veda il lavoro di RANDAZZO *et al.* (2013), p. 492.

<sup>37</sup> Cfr. GALLI (2011). Su questo «scippo di competenze» del Governo in danno del Parlamento v. FIANDACA (2011), p. 85 ss.; PINO (2014a), p. 178 ss.

<sup>38</sup> La definizione è di GIOSTRA (2014b). Più in generale, per automatismo si intende il meccanismo secondo cui, al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta da precise disposizioni legislative, segue la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente descritta dalla legge. Sul tema v. anche LEO (2014), p. 1 ss.; MORRONE (2001), p. 194 ss.; ZAGREBELSKY e MARCENO (2012), p. 210 ss.

deduttivo e concreto cui è chiamato nella normalità dei casi poiché il fatto da provare (la pericolosità del condannato, appunto) è stata accertata con antecedenza dal legislatore rispetto a tutti i casi futuri e prescinde da una verifica empirica<sup>39</sup>.

In questo senso il meccanismo presuntivo si pone come “altro” rispetto al fenomeno probatorio<sup>40</sup>: benché entrambi conducano alla pronuncia finale, a differenziarli vale il metodo seguito per assumere la decisione, basato non già sulla valutazione delle risultanze fattuali ma su un'attività logica di carattere puramente formale, che riposa su una mera ipotesi circa l'esistenza del fatto da provare, formulata attraverso l'osservazione di determinate caratteristiche ricorrenti in un elevato numero di casi diverso da quello da accertare, e che vincola il giudice ad un esito predeterminato<sup>41</sup>.

Letta in questa prospettiva, la presunzione viene elevata a regola di giudizio vera e propria divenendo una sorta di «mandato vincolante» per l'autorità giudiziaria<sup>42</sup>.

Ebbene, proprio il ricorso a questi automatismi legislativi ha contribuito a trincerare il sistema carcerario attraverso l'inserimento di fattispecie che anticipano il giudizio sul *thema probandum*, sottraendolo al libero convincimento del giudice di sorveglianza e alla sua valutazione in concreto e affidandolo alle scelte generali e indefettibili fatte a monte dal legislatore, nel chiaro tentativo di blindare gli esiti dell'accertamento.

Per disinnescare la (presunta) pericolosità sociale di taluni condannati la fase esecutiva è stata rimodellata attraverso la predisposizione di statuti differenziali collegati alla qualità del reato commesso o contestato che di *default* impongono un trattamento di estremo rigore precludendo l'accesso a percorsi penitenziari più *soft*. La pena è tornata così ad essere strumento di neutralizzazione anziché di riabilitazione<sup>43</sup>.

La norma cardine per attuare questa politica penitenziaria è costituita dall'art. 4-*bis* ord. penit.<sup>44</sup> (oltre che dalla costellazione normativa che, rinviando ad esso, lo innesca<sup>45</sup>) che per i condannati per taluni delitti considerati particolarmente pericolosi impedisce in tutto<sup>46</sup> o in

<sup>39</sup> Mentre nello schema probatorio, qualunque sia il tema fattuale oggetto del processo, si punta ad accertare oltre ogni ragionevole dubbio la proposizione da provare, nel caso delle presunzioni si prescinde dal fatto e si rimane nel campo dell'astrazione, con susseguente «primato dell'ipotesi sul fatto storico. Del dubbio sulla verità». Così CENTORAME (2016), p. 48.

<sup>40</sup> Come precisa CARNELUTTI (1936), p. 813, la presunzione «non ha né la struttura né la funzione della prova», ma integra «un fatto giuridico materiale, al quale la legge riannoda un dato effetto in considerazione di un altro fatto (fatto presunto) che secondo l'esperienza vi si accompagna».

<sup>41</sup> Cfr. TARUFFO (1970), p. 207.

<sup>42</sup> TESAURO (2012), p. 4909.

<sup>43</sup> Come specifica RONCO (2005), p. 145, la preferenza accordata - quale causa ostativa - al titolo astratto del reato per cui è intervenuta la condanna, «rivela lo sfondo general/preventivo della disposizione, con la pretermissione degli aspetti individualizzanti e trattamentali intrinsecamente inerenti alla pena e con la conseguente problematicità della normativa sotto il profilo costituzionale». In tema anche SPRICIGO (2014), p. 628.

<sup>44</sup> Su cui CARACENI e CESARI (2015), p. 42 ss.; FARINELLI (2017a), p. 2125 ss.; FIORIO (2013), p. 1139 ss. In tema si veda anche il contributo monografico di CORVI (2010), p. 37 ss.

<sup>45</sup> La norma, oltre ad essere richiamata da una serie di disposizioni satellite, va innanzitutto letta in combinato disposto con l'art. 58-*quater* ord. penit. che prevede per i condannati per delitti previsti dall'art. 4-*bis* un innalzamento di pena espiata per fruire dei benefici penitenziari (due terzi o ventisei anni nel caso di ergastolo). Per i necessari approfondimenti si rinvia a FIORIO (2013), p. 1155, il quale coglie la *ratio* della norma ritenendola «contigu(a) e servente rispetto all'art. 4-*bis* ord. pen. [...] rafforza del primo la logica del divieto, introducendo una maggiore selettività nell'accesso ai percorsi alternativi, seppur differenziandosene nella finalità più retributiva che inibitoria». V. anche CORVI (2010), p. 107. Recentemente, C. cost., sent. n. 149/2018 ha ritenuto l'art. 58-*quater* ord. penit. costituzionalmente illegittimo per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. «nella parte in cui prevede che i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 del codice penale, che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* se non abbiano effettivamente espiato almeno ventisei anni» di pena. Sulla pronuncia si veda DOLCINI (2018a), p. 145 ss.; al riguardo, v. anche PELISSERO (2018), p. 1359 ss. e SIRACUSANO (2018), p. 1787 ss.; ed ancora PUGIOTTO (2018), p. 405 ss. Va segnalata, inoltre, l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Milano del 14 maggio 2019, con cui è stata rimessa alla Corte costituzionale una questione di legittimità dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit., per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui impedisce a *tutti* i condannati per il reato di cui all'art. 630 c.p. (e dunque non solo a quelli condannati all'ergastolo) di accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative prima di aver scontato due terzi della pena. L'udienza innanzi alla Consulta è fissata per il 9 ottobre 2019.

<sup>46</sup> La preclusione è assoluta per l'affidamento in prova al servizio sociale (eccezion fatta per quello terapeutico ex art. 94 D.P.R. n. 309 del 1990), la liberazione condizionale, le varie forme di detenzione domiciliare (escluse la detenzione per gli ultrasessantenni e la detenzione biennale generica ai sensi dell'art. 47-*ter*, commi 1 e 1-*bis*, ord. penit.) e la sospensione delle pene detentive di breve durata. Ammesso senza alcuna preclusione l'accesso alle misure alternative applicabili nei confronti dei soggetti affetti da AIDS di cui all'art. 47-*quater*, comma 9, ord. penit. Del pari ammesso l'accesso alla liberazione anticipata tradizionale ma non anche a quella speciale introdotta dalla l. n. 10 del 2014. Proprio con riferimento a quest'ultima, va sottolineato come la disciplina tracciata originariamente dal decreto legge prevedesse un apprezzamento del magistrato di sorveglianza per l'applicazione della liberazione anticipata speciale nei confronti di tutti i condannati in espiazione di pena a prescindere dal titolo della detenzione, inclusi quelli assoggettati al regime speciale di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. Questa applicazione universale, in sede di conversione, non è stata confermata e il beneficio è stato inibito ai condanni pericolosi. L'inversione di rotta ha dato adito a non pochi dubbi dottrinali e ad altrettanti disorientamenti giurisprudenziali. Per una ricostruzione del dibattito si rinvia, *ex multis*, a DELLA BELLA (2014b), p. 119 ss.; GIOSTRA (2014a), p. 322 ss.; IOVINO (2014), p. 75 ss.; PUGIOTTO (2015); VALENTINO (2015).

parte<sup>47</sup> la fruizione di misure penitenziarie a carattere premiale, oltre a prevedere alcuni inasprimenti sul piano regolamentare<sup>48</sup>.

La norma, venuta alla luce in piena emergenza con il precipuo intento di combattere la criminalità organizzata *in executivis*<sup>49</sup>, predisponendo un doppio regime probatorio per accedere ai benefici penitenziari, raggruppando i delitti ostativi in due distinte fasce<sup>50</sup>: nella prima rientravano quei reati ritenuti di certa riferibilità al crimine organizzato<sup>51</sup>; nella seconda, invece, quelli di elevata gravità, ma non direttamente riferibili a tale genere di criminalità<sup>52</sup>. Al doppio ambito applicativo corrispondeva un diversificato regime probatorio: nel primo caso si poteva accedere alle misure alternative soltanto se fossero stati «acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»; viceversa, per i delitti di seconda fascia, l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari era condizionata dall'assenza di perduranti collegamenti con la criminalità organizzata<sup>53</sup>.

La predisposizione di un doppio binario gnoseologico appariva funzionale a stabilire un equilibrio fra la disciplina ordinaria delle misure alternative e quella da applicarsi, invece, nei riguardi dei condannati dei più gravi delitti di criminalità organizzata<sup>54</sup>.

Pur nelle pregevoli intenzioni, tuttavia, l'art. 4-*bis* ord. penit. scontava una criticità che potremmo definire strutturale, laddove compiva (e compie tutt'ora) una selezione dei destinatari delle regole penitenziarie sull'assunto che la pericolosità del reo vada misurata, anche dopo la condanna, sulla natura astratta del reato e sui suoi profili sanzionatori e non – come invece dovrebbe essere – sulla pena irrogata dal giudice in ragione della gravità del fatto commesso e della personalità del suo autore<sup>55</sup>. Questo assunto riposa a sua volta su una presunzione di persistenza di pericolosità sociale in forza della quale il condannato per determinati delitti sarebbe, in quanto tale, immeritevole e incompatibile rispetto a un percorso rieducativo che si sviluppi attraverso misure esterne al carcere, soprattutto in ragione del forte legame che lo lega all'ambiente sociale e familiare di provenienza<sup>56</sup>.

Di tale presunzione si può trovare un'utile definizione in diverse sentenze della Corte costituzionale, molte delle quali in quel lungo filone giurisprudenziale sulla custodia cautelare obbligatoria in carcere. Nella sentenza n. 265 del 2010, infatti, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che la presunzione di pericolosità specifica si fonda su una massima di comune esperienza in forza della quale l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice. È proprio su tali connotazioni sociologiche e criminologiche («generale regola d'esperienza sufficientemente condivisa») che si basa, quindi, la giustificazione della presunzione assoluta di pericolosità<sup>57</sup>. Ancora più chiaramente nella successiva sentenza n. 231 del 2011 si

<sup>47</sup> Il riferimento è alla disciplina del lavoro all'esterno, del permesso premio e della semilibertà. Si prevede ai fini della concessione di queste misure premiali l'espiazione di un certo *quantum* di pena: per l'assegnazione di permessi premio è richiesta l'espiazione di almeno metà della pena o, comunque, non più di dieci anni (art. 30-*ter*, comma 4, lett. c, ord. penit.); per la semilibertà l'art. 50 ord. penit. stabilisce che se «si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis*, il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione di almeno due terzi della pena»; per l'assegnazione al lavoro esterno è necessaria l'espiazione di almeno «un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni» (art. 21 ord. penit.). Non rientrano nel novero della preclusione i permessi di necessità di cui all'art. 30 ord. penit. e il rinvio dell'esecuzione ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.

<sup>48</sup> Si pensi all'art. 38 Reg. esec. che diminuisce il numero dei colloqui con il difensore e all'art. 39 Reg. esec. che limita la corrispondenza telefonica.

<sup>49</sup> La norma, introdotta dall'art. 1 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1992 n. 203, è frutto della stagione emergenziale degli anni '90 allorché, dinanzi alla recrudescenza di fenomeni criminali di grande allarme sociale legati alla criminalità organizzata, si pensò ad uno strumento esecutivo capace di neutralizzare i detenuti appartenenti a gruppi criminali inibendo loro l'accesso ai benefici penitenziari. Era l'inizio del doppio binario penitenziario. Per tutti v. GREVI (1994), p. 4.

<sup>50</sup> Sulla tecnica di previsione cfr. *Relazione al disegno di legge presentato al Senato il 13 maggio 1991*, in *Senato della Repubblica. X legislatura. Disegni di legge e relazioni*, 3.

<sup>51</sup> Delitti commessi con finalità di terrorismo o eversione, ovvero avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, nonché i delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 630 c.p. e art. 74 D.P.R. n. 309 del 1990.

<sup>52</sup> Delitti di cui agli artt. 575, 628 comma 3, 629, comma 2, c.p. e art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990.

<sup>53</sup> Sulla struttura della norma, nella sua originaria conformazione, v. CASAROLI (1994), p. 15; COMUCCI (1994), p. 33; GUAZZALOCCA (1995), p. 141 ss.

<sup>54</sup> Vi rintraccia questa *ratio* GREVI (1994), p. 7, che tuttavia precisa come nei fatti la disciplina risentisse dell'ideologia del tipo di autore. In senso conforme CESARI e GIOSTRA (2011), p. 53, i quali evidenziano come «l'ingresso nell'ord. pen. dell'art. 4-*bis* (abbia) segnato l'inizio di una nuova stagione per la struttura, per le stesse ideologie ispiratrici della normativa penitenziaria».

<sup>55</sup> In tema CESARI e GIOSTRA (2011), pp. 58-59.

<sup>56</sup> Cfr. DELLA CASA (1994), p. 103.

<sup>57</sup> C. cost., sent. n. 265/2010. Su tale pronuncia si leggano i commenti di LORUSSO (2010), p. 60 ss.; MARZADURI (2010), p. 499 ss.; TONINI (2010), p. 949 ss.



legge che sono il «dato empirico sociologico», le «peculiari connotazioni» fattuali, inglobate nella disciplina, che «forniscono una congrua base statistica alla presunzione considerata». Ed ancora, il sodalizio criminoso di stampo mafioso «sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre [...] una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale»<sup>58</sup>.

Ebbene, a fronte di tale presunzione il sistema “rinuncia” alla rieducazione e opta per la segregazione e la neutralizzazione attraverso la forte restrizione delle modalità di accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari.

Rinviando al proseguo della trattazione per più approfondite considerazioni sull’attitudine del “senso comune” ad essere elevato a vero e proprio criterio statistico attraverso il quale giustificare le scelte legislative<sup>59</sup>, va comunque dato atto che la norma ha da subito suscitato aspre critiche dottrinarie poiché fondata apoditticamente sul titolo di reato senza riguardo né all’entità della pena inflitta né alla personalità del soggetto e dunque caratterizzata da logiche presuntive integralmente assorbenti ogni valutazione giudiziale<sup>60</sup>.

Il sistema binario, imperniato sullo stigma di un reato commesso (magari decenni or sono) piuttosto che sulla valutazione della attuale personalità del condannato (e della sua eventuale evoluzione) nel singolo caso, presenta, effettivamente, non pochi punti di frizione sul piano costituzionale e ciò nonostante la norma è passata indenne attraverso il setaccio della Consulta che, chiamata a pronunciarsi sulla sua legittimità, pur mostrando preoccupazione per l’eco del diritto penale d’autore che si scorgeva nella disciplina, ha sostanzialmente avallato il regime penitenziario differenziato sulla base di esigenze di prevenzione generale e difesa sociale<sup>61</sup>.

Se, però, la rinuncia alla riabilitazione può spiegarsi (se pur in modo non del tutto convincente) in ragione di una persistente pericolosità sociale per quei condannati legati alla criminalità organizzata, una simile copertura dogmatica non pare invocabile se il divieto viene esteso indiscriminatamente ad una serie eterogenea di delitti che nulla hanno a che vedere con l’appartenenza ad associazioni criminali<sup>62</sup>. Ed è proprio quanto accaduto alla norma, che nel tempo è stata oggetto di una progressiva dilatazione del suo ambito applicativo, asservita dal legislatore alle più disparate esigenze di politica criminale, subendo così un processo espansivo che ne ha trasfigurato l’identità, da strumento di lotta alla criminalità organizzata ad un “contenitore della paure” recante in sé un variegato elenco di reati accomunati esclusivamente dall’allarme sociale che suscitano<sup>63</sup>.

Ad un solo anno dalla sua comparsa, la neonata disposizione diveniva bersaglio di un nuovo intervento normativo che avrebbe avuto una forte incidenza tanto sulla sua struttura quanto sulla sua *ratio*: con la legge 7 agosto 1992, n. 356 veniva attuata quella che – non a torto – è stata definita la controriforma penitenziaria<sup>64</sup>.

Innanzitutto, con riferimento alla *ratio*, si irrigidiva la presunzione di pericolosità stabilendosi che per i delitti rientranti nella prima fascia i condannati potessero essere ammessi alle misure rieducative solo se avessero collaborato con la giustizia a norma dell’art. 58-ter ord. penit.<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> C. cost., sent. n. 231/2011, su cui LORUSSO (2011), p. 60 ss.; MARANDOLA (2011), p. 2965 ss.; MARZADURI (2011), p. 697 ss.; SCOMPARIN (2011), p. 3730 ss.

<sup>59</sup> *Infra* § 3.

<sup>60</sup> Tra i più recenti cfr. CARACENI e CESARI (2015), p. 45; GIOSTRA (2014b).

<sup>61</sup> C. cost., sent. n. 306/1993, pur avendo salvato dall’incostituzionalità l’art. 4-bis ord. penit., evidenzia come «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario». Sulla pronuncia v. *amplius* § 4.

<sup>62</sup> Cfr., *ex multis*, PRESUTTI (1994), p. 80.

<sup>63</sup> Come precisa GIOSTRA (2014b), l’art. 4-bis ord. penit. «raccolge un variegato universo criminale che non consente di distinguere e graduare le diverse posizioni dei condannati per gravi delitti». Sull’eterogeneità della disciplina si rinvia anche a CARACENI e CESARI (2015), p. 49.

<sup>64</sup> MOSCONI (1991), p. 143.

<sup>65</sup> Secondo tale norma agli autori dei reati di terrorismo, eversione dell’ordine democratico, associazione per delinquere e di tutti gli altri gravi reati ivi indicati non possono essere concessi l’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, con esclusione della sola liberazione anticipata, a meno che essi collaborino con la giustizia ai sensi dell’art. 58-ter ord. penit. Questa preclusione, se vi è stata condanna all’ergastolo, ha carattere perpetuo: l’ergastolano ostativo, infatti, è un detenuto che sconta integralmente in carcere la pena dell’ergastolo a seguito di una condanna per uno o più reati inclusi nell’art. 4-bis ord. penit. perché, pur essendo nelle condizioni di poter collaborare utilmente con la giustizia, non si adopera nei termini previsti dall’art. 58-ter ord. penit. In ragione di ciò gli sono precluse tutte le principali misure extramurarie, ivi compresa la liberazione condizionale. Il tema, che qui verrà solo rapidamente lambito, è da sempre stato avvertito come *punctum dolens* della disciplina penitenziaria. Di recente, però, è tornato al centro di un vivace dibattito sull’onda di alcune pronunce della Corte di Strasburgo che progressivamente hanno delineato un vero e proprio «diritto alla speranza» per l’ergastolano a vedersi un giorno fuori dal carcere. Per una riflessione monografica in argomento, che tiene conto analiticamente degli sviluppi giurisprudenziali europei, si rinvia al volume di MUSUMECI e PUGIOTTO (2016), p. 193 ss.

Veniva inserita una sorta di presunzione di pericolosità rafforzata rimuovibile solo attraverso una condotta qualificata, ossia l'aver offerto la propria collaborazione con la giustizia, unico contegno specifico e predeterminato in grado di fornire la prova della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata<sup>66</sup>. Il pentitismo veniva così elevato a *condicio sine qua non* per l'accesso ai benefici e, per l'effetto, il giudizio sulla pericolosità del soggetto veniva del tutto sottratto alle valutazioni discrezionali della magistratura di sorveglianza<sup>67</sup>.

Due presunzioni, dunque, uguali e contrarie: la norma, infatti, da un lato abbandona in modo assoluto e incondizionato l'ideale di pena dalla finalità rieducativa e risocializzante, dall'altro, però, recupera la premialità incentrandola tutta sulla collaborazione, che diviene unico indice presuntivo dell'assenza di legami con il contesto criminale di provenienza<sup>68</sup>.

Evidenti le frizioni logiche, ancor prima che costituzionali, di un simile congegno laddove si impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare in concreto la pericolosità del detenuto proprio nelle situazioni in cui sarebbe più agevole accertarla: la persistenza di un legame con la criminalità organizzata, infatti, è supportata da una inconfutabile evidenza empirica sicché sarà più semplice accertare la sussistenza di legami stabili e negare la concessione dei benefici e delle misure alternative. A nulla serve, pertanto, il rigido sistema legislativo che lega la concessione dei benefici alla sola collaborazione, perché l'alta probabilità che i soggetti siano legati alle strutture criminali di provenienza può essere facilmente accertata per mezzo dell'ordinario controllo sulla pericolosità sociale del soggetto a cui è subordinata la concessione di tutti i benefici penitenziari<sup>69</sup>.

A meno di non voler tacciare l'innesto legislativo come illogico, l'unica spiegazione razionale è che una simile presunzione derivi da una precisa scelta legislativa – del resto mai sottaciuta – che piega il sistema premiale a fini diversi dalla risocializzazione del condannato, rendendolo un strumento di lotta alla criminalità organizzata<sup>70</sup>. Per questa via il carcere non è più luogo di rieducazione ma «ingranaggio attivo dell'azione investigativa»<sup>71</sup>.

È pur vero che l'ineludibile condizione di ammissibilità ai benefici penitenziari e alle misure alternative è stata in seguito parzialmente stemperata da alcuni interventi della Consulta, che ha progressivamente coniato le nuove *species* di collaborazione inesigibile<sup>72</sup> e impossibile<sup>73</sup> (poi positivizzate con interventi normativi successivi<sup>74</sup>), ma è altrettanto vero che ciò non è valso a salvare la *ratio* della disciplina, irrimediabilmente tradita.

Si accennava, poi, agli stravolgimenti operati dalla legge n. 356 del 1992 alla struttura della norma. Secondo una logica a gradazione decrescente si modificava ulteriormente l'art. 4-*bis* ord. penit. prevedendo che i condannati per quegli stessi reati indicati nel primo periodo del comma 1, ma nelle forme attenuate<sup>75</sup>, potessero essere ammessi alle misure alternative alla detenzione a condizione che fossero stati acquisite «elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» oltre che nei casi di collaborazione

<sup>66</sup> Il procedimento per l'accertamento della collaborazione è di competenza del tribunale di sorveglianza ed è condotto secondo il modello di cui agli artt. 666 e 667 c.p.p. Per approfondimenti sulla disciplina procedurale v. CESARI (2015), p. 721; FONTI (2017), p. 2641 ss.

<sup>67</sup> Di qui l'espressione «risocializzazione dei collaboranti ostativi» utilizzata da PIZZINI (2004), p. 773.

<sup>68</sup> In tema v. GUAZZALOCA (1995), p. 146. Sulla svalutazione della funzione rieducativa IOVINO (1993), p. 1262 ss., nonché FILIPPI e SPANGHER (2011), p. 237 ss. In argomento anche DELLA CASA (2015), p. 1166 ss., il quale, commentando la produzione legislativa di quegli anni, evidenzia come «la stella polare non (fosse) più quella della rieducazione, la cui purezza concettuale (eniva) anzi contaminata nel momento in cui si instaura(vano) improbabili e zoppicanti collegamenti tra l'obiettivo indicato dalla Carta nell'art. 27 co. 3° e la collaborazione con la giustizia».

<sup>69</sup> Evidenzia questo aspetto PACE (2015), p. 14.

<sup>70</sup> Sulla finalità squisitamente preventiva v. COMUCCI (1994), p. 55; LA GRECA (1995), p. 879; SAMMARCO (1994), p. 871.

<sup>71</sup> Così DELLA CASA (1994), p. 117. Sulla collaborazione con la giustizia – quale certificazione *per facta concludentia* del distacco del soggetto dall'organizzazione mafiosa – si staglia la recentissima condanna della Corte di Strasburgo (Corte EDU, 13 giugno 2019, Viola c. Italia(2)) che, senza alcuna incertezza, ha ritenuto la (in)compatibilità convenzionale di tale presunzione assoluta. Pur riconoscendo la possibilità per gli Stati di introdurre meccanismi presuntivi rispetto alla valutazione di pericolosità dei condannati per gravi reati, la Corte ha tuttavia rilevato come nel caso concreto l'equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale possa di sovente essere smentita. Potrebbero rilevare, ad esempio, il timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei propri congiunti. O, in senso opposto, la collaborazione potrebbe avere finalità puramente opportunistiche di accesso ai benefici penitenziari, non riflettendo quindi una dissociazione effettiva dalla scelta criminale. Di qui, i giudici hanno concluso per l'accoglimento del ricorso.

<sup>72</sup> Riscontrabile tutte le volte in cui vi sia una limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso accertata con sentenza (cfr. C. cost., sent. n. 357/1994 con nota critica di MARGARITELLI (1994), p. 3209).

<sup>73</sup> Qualora il condannato non abbia prestato collaborazione perché fatti e responsabilità sono già stati completamente accertati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non gli ha consentito di conoscere fatti e compartecipi (cfr. C. cost., sent. n. 68/1995 su cui MARGARITELLI (1995), p. 3693). Tale interpretazione è stata seguita anche da Cass., Sez. un., 5 ottobre 1999, n. 14, nonché dalla successiva giurisprudenza di legittimità (*ex multis* Cass., Sez. I, 29 marzo 2002, n. 12563; Cass., Sez. I, 2 luglio 2004, n. 29109).

<sup>74</sup> Il riferimento è all'art. 1, comma 1, lett. a, l. 23 dicembre 2002, n. 279, che ha inserito nel comma 1-*bis* della disposizione il richiamo alla collaborazione inesigibile e impossibile.

<sup>75</sup> Di cui all'art. 62, n. 6, c.p. nonché alle ipotesi ricomprese negli artt. 114 e 116, comma 2, c.p.

oggettivamente irrilevante, inesigibile o impossibile<sup>76</sup>.

Benché formalmente temperato, l'automatismo carcerario introdotto assumeva *de facto* (e assume tutt'ora) le connotazioni di una vera e propria presunzione assoluta: l'acquisizione di elementi che escludono collegamenti attuali con la criminalità organizzata delinea infatti un'ipotesi di inversione dell'onere probatorio, ponendo a carico del soggetto che richieda l'accesso al beneficio l'onere di fornire la prova positiva dell'assenza di un fatto preclusivo, che si configura a tutti gli effetti come una *probatio diabolica*<sup>77</sup>.

Sono note le insidie connesse ad un'operazione gnoseologica che vuole accertare un fatto negativo<sup>78</sup>; va però messo in evidenza che proprio queste difficoltà, valide in termini generali, si acquiscono nell'ipotesi che ci occupa.

Innanzitutto, con riferimento all'oggetto della prova che si richiede (l'attualità dei collegamenti con il sodalizio criminale), non possono non cogliersi gli evanescenti confini semantici del dettato normativo; in secondo luogo, in relazione alla fonte da cui proviene tale prova, va evidenziato come il canale informativo di cui si serve la magistratura di sorveglianza per le sue determinazioni è quello facente capo al Comitato provinciale per l'ordine pubblico e di sicurezza, un apparato che risulta per sua natura orientato a supportare ipotesi accusatorie e dunque scarsamente idoneo a fornire elementi *pro reo*<sup>79</sup>.

Quest'ultima considerazione, poi, presta un facile *assist* per evidenziare un'ulteriore criticità della norma che conferma il ruolo subalterno del giudice di sorveglianza, il quale cede le sue prerogative ad organi amministrativi, creando, di fatto, un procedimento di accertamento della pericolosità ibrido che immette nell'ambito di una procedura giurisdizionale l'obbligatoria assunzione di un parere fornito da autorità estranee all'accertamento penale<sup>80</sup>.

Questi dubbi in ordine all'irrazionale degiurisdizionalizzazione della procedura vengono peraltro acuiti dal comma 3-*bis* della norma in commento (introdotto sempre nel 1992 e poi lievemente ritoccato dalla legge n. 43 del 2015) che attribuisce al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo e al procuratore distrettuale il potere di inibire l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio e le misure extramurarie a quei detenuti per i quali ritengano l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Questo parere si innesta, sostituendolo, alle determinazioni della magistratura di sorveglianza, paralizzata da una sorta di prova legale<sup>81</sup>, con ulteriore abdicazione di quelle pur minime forme di giurisdizionalità tratteggiate dalla norma<sup>82</sup>.

Benché le frizioni logiche e costituzionali della disciplina siano state evidenziate sin dalla sua introduzione, il richiamo corale non è valso a fermare il nuovo *cursus* normativo ormai inesorabilmente orientato nel senso dell'ampliamento della gamma di reati ostativi in occasione di ogni ondata emergenziale. Così è avvenuto con legge n. 279 del 2002 che, varata all'indomani dell'11 settembre<sup>83</sup>, non solo ha introdotto una serie di reati ulteriori cui applicare il più rigido regime penitenziario<sup>84</sup>, ma soprattutto ha traghettato i reati di terrorismo – anche

<sup>76</sup> A questa seconda fascia se ne aggiungeva una terza in cui confluivano i reati commessi con finalità di terrorismo o eversione, rispetto ai quali continuava a richiedersi l'insussistenza di legami con il sodalizio criminale di provenienza. Sulle modifiche strutturali dopo la l. n. 356 del 1992 v. FARINELLI (2017a), p. 2130.

<sup>77</sup> Evidenziano questa criticità COMUCCI (1994), p. 40; FIORIO (1992), p. 175; GIUNCHEDI (2015), p. 597; GUAZZALOCA (1995), p. 133.

<sup>78</sup> Su cui, per tutti, CORDERO (1993), p. 826.

<sup>79</sup> Sui rischi di parzialità si soffermano DELLA CASA (1994), p. 103; FIORIO (1992), p. 174. Peraltro, pur richiedendosi formalmente «dettagliate informazioni», il più delle volte tali informazioni riproducono in modo confuso e temporalmente indistinto atti spesso superati da provvedimenti giurisdizionali. Le preoccupazioni per questa metodologia di accertamento sono ben evidenziate da GAITO (1992), p. 698. Più di recente anche CORVI (2010), p. 94.

<sup>80</sup> La Cassazione ha più volte precisato che il parere richiesto, pur configurandosi come atto dovuto a pena di nullità del provvedimento che dispone il beneficio (cfr. Cass., Sez. I, 9 marzo 1992, n. 1095), non assume carattere vincolante per il giudice di sorveglianza, potendo egli basarsi anche su ulteriori acquisizioni (Cass., Sez. I, 11 marzo 1993, n. 1025; Cass., Sez. I, 12 marzo 1993, n. 874). Apprezzabile affermazione di principio, che trova nella prassi una facile smentita. Ed infatti è stato precisato che per discostarsi dall'opinione del comitato è necessario fornire un'adeguata e puntuale motivazione (così Cass., Sez. III, 18 settembre 1993, n. 1852).

<sup>81</sup> Si parla, non a caso, di un vero e proprio potere di veto del procuratore. In termini CORVI (2010), p. 105; FARINELLI (2017a), p. 2141; GUAZZALOCA (1995), p. 140; IOVINO (1993), p. 1265.

<sup>82</sup> Per stemperare il disposto normativo la giurisprudenza ha introdotto stringenti criteri interpretativi ai quali il magistrato di sorveglianza deve attenersi per valutare l'informativa ricevuta dal procuratore nazionale o distrettuale. Sul tema Cass., Sez. I, 9 febbraio 1994, n. 143; Cass., Sez. I, 8 ottobre 1993, n. 3439.

<sup>83</sup> In quegli anni, infatti, non solo il terrorismo internazionale si è imposto all'attenzione dei Governi occidentali dopo l'attentato dell'11 settembre, ma nuove manifestazioni terroristiche sono venute alla luce anche a livello nazionale. Si pensi agli omicidi, commessi dalle nuove brigate rosse, dei due giuslavoristi D'Antona e Biagi, rispettivamente avvenuti il 20 maggio del 1999 e il 19 marzo del 2002. Sull'onda di questi fatti contingenti è stata varata la l. 23 dicembre 2002, n. 279.

<sup>84</sup> Fra cui la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.) e l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

internazionale, ora espressamente menzionato – dalla terza alla prima fascia<sup>85</sup>. Nel medesimo solco si è inserita, poi, la legge n. 38 del 2006, che fra i reati ostativi ha introdotto quelli in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e di pedopornografia anche a mezzo *internet*<sup>86</sup>.

Snodo fondamentale di questa evoluzione (*rectius*: involuzione) normativa è rappresentata dal pacchetto sicurezza del 2009 che ha conferito alla disposizione l'odierna configurazione: ai reati di prima fascia, cui la novella aggiunge alcune fra le più gravi ipotesi delittuose di prostituzione e pornografia minorile<sup>87</sup>, si affiancano due nuove fasce di pericolosità. La prima, prevista nel comma 1-*ter*, recante una serie di delitti che rispetto a quelli di prima fascia producono un impatto attenuato in termini di pericolosità (omicidio volontario, rapina ed estorsione aggravate, alcuni reati sessuali, associazione a delinquere di stampo mafioso con ruolo di mero partecipe, produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti aggravate dall'ingente quantità, *etc.*). I benefici in queste ipotesi possono essere concessi a condizione che «non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

La seconda categoria, cristallizzata nel nuovo comma 1-*quater*, ricomprende tutti gli autori di reati immediatamente lesivi della libertà sessuale<sup>88</sup>, ammessi ai godere dei benefici penitenziari solo all'esito di un'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno. Nell'assegnare un valore determinante all'osservazione della personalità, la previsione sembra presumere uno stato psicologico-criminogeno, introducendo nel sistema una «condizione normativa legata al tipo d'autore difficilmente compatibile con l'art. 3 Cost.»<sup>89</sup>.

La legge n. 172 del 2012 ha successivamente aggiunto all'art. 4-*bis* ord. penit. il comma 1-*quinquies* che ha previsto per questi condannati la partecipazione ad un programma di riabilitazione di tipo psicologico con finalità di recupero ai sensi dell'art. 13-*bis* ord. penit. (introdotto dalla stessa legge), che deve essere valutato positivamente dal magistrato di sorveglianza<sup>90</sup>.

Questo nuovo e specifico percorso di fruizione dei benefici penitenziari si basa sul presupposto che «la condotta deviante affondi le proprie radici in un disagio psicologico e personale, sicché l'elisione della pericolosità di cui sono portatori non potrebbe che passare attraverso un'idonea strategia trattamentale»<sup>91</sup>. Benché questa previsione sia condivisibile, in molti hanno evidenziato come la norma riproduca un impianto dal «carattere prevalentemente punitivo»<sup>92</sup>.

Anche per le ipotesi di più recente inserimento, sul versante procedurale, la norma chiama

<sup>85</sup> In realtà è un ritorno alle origini. Dapprima inseriti in prima fascia con la l. n. 203 del 1992, poi declassati con la successiva l. n. 356 del 1992, ritornano ad essere annoverati fra i *nomina delicti* più gravi con la l. n. 279 del 2002. Questa scelta viene criticata da PETRINI (2003), p. 233, perché considerata irriducibile alla figura della criminalità organizzata di stampo mafioso, in quanto la mancanza di potere pervasivo nel tessuto sociale delle organizzazioni terroristiche, che invece contraddistingue le associazioni mafiose, rende non fondata l'esigenza di automatismi che preservino da influenze indebite la magistratura di sorveglianza. In tema si vedano anche CESARI e GIOSTRA (2011), p. 70 e FIORENTIN (2003), p. 446.

<sup>86</sup> L'art. 15, l. 6 febbraio 2006, n. 38, infatti, inseriva in seconda fascia i reati di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1 e 2, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* c.p.

<sup>87</sup> Nelle originarie intenzioni del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 venivano inseriti fra i reati di prima fascia tutte le più gravi ipotesi di prostituzione e pornografia minorile (artt. 600-*bis*, comma 1 e 600-*ter*, commi 1 e 2, c.p.), la violenza sessuale semplice (art. 609-*bis* c.p.) eccettuati i casi di minore gravità, quella aggravata (art. 609-*ter* c.p.), la violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.) e gli atti sessuali con minore infraquattordicenne ovvero infrasedicenne compiuti dall'ascendente, dal genitore, tutore o convivente (art. 609-*quater*, comma 1, c.p.). Questa collocazione aveva suscitato non poche critiche in quanto i reati in questione non apparivano significativi di alcun legame con la criminalità organizzata. La modifica, di fatti, era stata dettata solo dall'intento di inasprire il trattamento penitenziario per questa categoria di soggetti, macchiatosi di crimini particolarmente invidiati all'opinione pubblica, al fine di placare l'ondata emotiva suscitata da alcuni episodi di violenza. Per tale critica si veda FIORILLI (2009), p. 606; MARANDOLA (2009), p. 957.

In sede di conversione, con la l. 23 aprile 2009, n. 38, queste critiche sono state parzialmente recepite e si è deciso di mantenere in prima fascia solo le ipotesi più gravi di prostituzione e pornografia minorile (artt. 600-*bis*, comma 1 e 600-*ter*, commi 1 e 2, c.p.), nonché la violenza sessuale di gruppo *ex* art. 609-*octies* c.p., mentre sono confluiti in seconda fascia i reati meno gravi (artt. 600-*bis*, commi 2 e 3 e 600-*ter*, comma 3 c.p.). I reati di violenza sessuale semplice, aggravata e di gruppo, e gli atti sessuali con minorenni, infine, hanno mantenuto la loro rilevanza come reati-fine di un'associazione per delinquere ai sensi del comma 1-*ter*.

<sup>88</sup> E questi reati sono la violenza sessuale semplice, salvo che sia stata applicata la circostanza attenuante (art. 609-*bis* c.p.), e aggravata (art. 609-*ter* c.p.), gli atti sessuali con i minorenni (609-*quater* c.p.) e la violenza sessuale di gruppo (609-*octies*). Sulla modifica v. CESARI e GIOSTRA (2011), p. 86.

<sup>89</sup> Questa considerazione si deve a MARANDOLA (2009), p. 947.

<sup>90</sup> Sulla modifica introdotta dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172 si veda GIUNCHEDI (2015), p. 598, che sottolinea come la «formulazione vaga, disancorata da elementi oggettivi, rende vacua la previsione legislativa, rimettendola, ancora una volta in questo settore, alla libera valutazione del giudice, difficilmente controllabile nei giudizi di impugnazione».

<sup>91</sup> Così CESARI e GIOSTRA (2011), p. 86.

<sup>92</sup> DELLA CASA (2010), p. 827.

in causa un soggetto terzo rispetto al procedimento penale: non più il Comitato provinciale, bensì il questore, ben potendosi riproporre, *mutatis mutandis*, l'eccezione di degiurisdizionalizzazione della procedura, che si vede la comparsa di un giudice, ma che decide sulla base di un compendio probatorio unilaterale che segue modelli istruttori di natura amministrativa<sup>93</sup>.

L'ultimo atto della progressiva espansione delle ipotesi ostative alla riabilitazione è andato in scena con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, meglio nota come legge "spazzacorrotti", che ha modificato l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., ricomprendendo tra i reati ostativi taluni delitti contro la pubblica amministrazione, e segnatamente quelli previsti «agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* [...]»<sup>94</sup>.

L'innesto, nell'equiparare i "white collar" alla criminalità organizzata, trascura, tuttavia, le profonde diversità che connotano le due fenomenologie criminose, non essendovi evidenze empiriche capaci di giustificare la presunzione di pericolosità posta a base del regime derogatorio imposto per questi delitti. Ad accomunarli, semmai, vi è solo la gravità della cornice edittale, di per sé non sintomatica, il che svela preoccupanti profili di contrasto con il principio di ragionevolezza/eguaglianza e con quello rieducativo, confermando altresì come l'espansione dei reati ostativi sia legata non già a coerenti scelte di politica criminale, ma ad istanze emotive di allarme sociale ovvero ad intenti general-preventivi<sup>95</sup>.

All'esito di questa sintetica e non esaustiva trattazione sulle multiformi problematiche legate all'art. 4-*bis* ord. penit. può dirsi allora dimostrato l'assunto iniziale: l'ampliamento progressivo, senza un criterio razionale evidente, della gamma di reati ostativi è stato generato sempre dalla stessa logica emergenziale. Ogni intervento si è mosso nel senso di paralizzare l'attività valutativa della magistratura di sorveglianza, ingabbiandola in scelte di politica criminale fatte a monte, tutte orientate verso un'inflessibile applicazione della detenzione in carcere strutturata per "tipi d'autore", che ha standardizzato *in peius* l'intervento sanzionatorio, allontanandolo dai parametri di cui all'art. 27, comma 3, Cost.

È pur vero che la stessa Corte costituzionale ha più volte ritenuto legittimi i regimi detentivi diversificati, basati su astratti indicatori di gravità che amputano la discrezionalità giudiziale e inibiscono il godimento di misure premiali<sup>96</sup>; ma è altrettanto vero che il ricorso a presunzioni *iuris et de iure* deve rimanere entro il perimetro della ragionevolezza, non potendo comprimere aprioristicamente l'esercizio dei diritti fondamentali quando «non rispondenti a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»<sup>97</sup>.

Ed è stato proprio l'abuso di questo criterio statistico il "peccato originale" del legislatore.

Da tempo la dottrina più accorta ha evidenziato come l'*id quod plerumque accidit* non possa essere ritenuto un vero e proprio criterio statistico per mezzo del quale indagare scientificamente la realtà sottostante alle scelte legislative, ma si sostanzia semplicemente in un ricorso generico e apodittico a certi dati di comune esperienza che denotano la mera *possibilità* che un particolare avvenimento di verifici con determinate modalità<sup>98</sup>.

Le massime d'esperienza, in altre parole, enunciano solamente una «quasi generalizzazio-

<sup>93</sup> Le informazioni, acquisite tanto dal comitato che dal questore, costituiscono quei dettagliati elementi gnoseologici circa la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata che il magistrato e il Tribunale di sorveglianza devono richiedere ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 2 e 2-*bis*, ord. penit. per decidere in ordine alla concessione dei benefici penitenziari. Le informazioni consistono in dati precostituiti al procedimento ovvero sono frutto di attività investigativa e tendenzialmente vengono fornite mediante comunicazione scritta. In argomento, in senso critico, CAPRIOLI e VICOLI (2011), p. 373. Molto più garantisticamente, al fine di offrire un contraddittorio effettivo fondato non sul dato ma sulla fonte, sarebbe opportuno un confronto dialettico, quantomeno con le modalità informali dettate dall'art. 185 disp. att. c.p.p., elemento questo estremamente importante in quanto consente di rivedere informative spesso datate e stereotipate fondate su clausole di stile riproducenti il testo di legge in ordine alla attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. In tema FIORIO (2011), p. 738. Si veda anche DEAN (2004), p. 112.

<sup>94</sup> Per una prima analisi del provvedimento v. PADOVANI (2018), p. 1 ss. Sulle novità della riforma v. anche CAMON (2018), p. 1 ss.; GAMBARELLA (2019), p. 44 ss.; MANNA (2018), p. 1 ss.; PISANI (2018), p. 3589 ss.

<sup>95</sup> Sulla tenuta costituzionale della legge n. 3 del 2019 in riferimento all'ampliamento dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., v. MANES (2019), p. 105 ss.

<sup>96</sup> Secondo C. cost., sent. n. 48/2015, con nota di LEO (2015), l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica «un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice», da cui può essere tratta la condivisa regola d'esperienza secondo la quale solo un regime esecutivo di tipo detentivo può ritenersi in grado di troncare i rapporti tra il reo e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità.

<sup>97</sup> C. cost., sent. n. 139/2010.

Così la già citata C. cost., sent. n. 265/2010.

<sup>98</sup> In argomento BIN (1988), p. 324, il quale precisa che questa è una figura «che serve a richiamare una realtà "media" dei comportamenti sociali o delle relazioni economiche: si assume, quindi, un criterio di tipo statistico, operando però esclusivamente sulla base dei dati generici di comune esperienza». Sull'*id quod plerumque accidit*, in termini generali, CANZIO (2003), p. 1197 ss.; CATALANO (2008a), p. 798 ss.; CORDERO (1963), p. 14 ss.; MANNARINO (2007), p. 147 ss.; NOBILI (1969), p. 123 ss.; TARUFFO (2001), p. 689 ss.; UBERTIS (1979), p. 64 ss.

ne»<sup>99</sup> spesso smentita nel passaggio dalla categoria generale al fatto specifico. Questi limiti si proiettano sui meccanismi presuntivi che proprio intorno all'*id quod plerumque accidit* vengono costruiti, ereditandone i *deficit* cognitivi<sup>100</sup>.

E il ricorso nel linguaggio giuridico al “senso comune” è tanto più rischioso quando incide sull'area inviolabile della libertà personale: una fattispecie legale che, infatti, risulta fondata sul senso comune perde ogni pretesa di garanzia per divenire una mera legittimazione *ex post* di scelte già compiute.

Pur non volendo in questa sede dimostrare se le presunzioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. inglobino correttamente la realtà fattuale che pretendono di rappresentare, va però evidenziato in termini allarmanti il rischio di incostituzionalità di un sistema che accorda la propria preferenza al titolo astratto del reato per cui è intervenuta la condanna, facendo dipendere le modalità esecutive della pena da presunzioni o tipizzazioni legali anziché dalla risposta trattamentale del detenuto.

Non si vuol negare che talvolta l'esigenza di fronteggiare particolari comportamenti criminali imponga l'adozione di meccanismi di accesso alle misure rieducative più selettivi e di aggravati procedimentali, ma deve sempre essere permesso al magistrato di valutare, durante tutto il periodo di espiazione della pena, i progressi nel trattamento e la pericolosità sociale del condannato.

«È solo attraverso la discrezionalità del magistrato che, ancor prima di permettere di adeguare la fattispecie astratta alle esigenze del caso concreto, si rende la stessa fattispecie astratta (la pena) conforme a Costituzione»<sup>101</sup>.

### 3. I meccanismi ostativi ai benefici penitenziari e la scure della Corte costituzionale

La sperimentazione convulsa di modelli presuntivi nella fase esecutiva ha di recente subito una battuta di arresto. Le ragioni sono molteplici e vanno colte essenzialmente sul piano della tenuta costituzionale degli automatismi carcerari.

La preclusione ad una *chance* trattamentale mina alla base la finalità rieducativa della pena, rendendo irrilevante il percorso detentivo del condannato e vanificandone qualsiasi sforzo alla risocializzazione. Come infatti ha avuto modo di chiarire la stessa Corte costituzionale, le misure alternative e i benefici penitenziari sono uno strumento imprescindibile nel processo di risocializzazione del condannato, in quanto «ogni misura si caratterizza per essere parte di un percorso nel quale i diversi interventi si sviluppano secondo un ordito unitario e finalisticamente orientato al fondo del quale sta il necessario plasmarsi in funzione dello specifico comportamento serbato dal condannato»<sup>102</sup>. Se così è, la condotta penitenziaria dovrebbe essere l'unico parametro per accedere ai benefici e su tale scorta non possono trovare spazio criteri presuntivi come quello delineato dall'articolo in esame.

Alla negazione dell'ideale risocializzante cristallizzato nell'art. 27 Cost. fa da *pandant* la netta strumentalizzazione del detenuto, non più *persona* cui garantire i diritti fondamentali inviolabili anche (e soprattutto) nella particolare condizione carceraria, ma *mezzo* per il conseguimento di utili risultati investigativi in nome di più alte esigenze di difesa sociale.

Infine, assumendo determinate condanne (e non altre) come motivo di oggettiva preclusione ai benefici penitenziari, la norma si espone al rischio di ingiustificate parificazioni (o di irragionevoli differenziazioni), compromettendo oltremisura gli ideali proclamati dall'art. 3 Cost.

Come è possibile che questo sistema preclusivo riesca a coesistere nel nostro orizzonte costituzionale?

Invero, la consapevolezza del precario equilibrio di simili meccanismi di esclusione automatica dall'accesso ai benefici penitenziari è diffusa, e da tempo. Ad un attacco frontale e

<sup>99</sup> L'espressione è di TARUFFO (2009), p. 556.

<sup>100</sup> Mette in guardia da questo rischio CENTORAME (2016), p. 58. Sulle falle di un modello presuntivo di accertamento «arroccato a quei pregiudizi di ordine generale nei quali si sostanzia anche la più ragionevole delle presunzioni» cfr. CATALANO (2008b), p. 263.

<sup>101</sup> PACE (2015), p. 15.

<sup>102</sup> C. cost., sent. n. 445/1997. La pronuncia richiamata si inserisce in un filone giurisprudenziale molto più ampio teso a valorizzare il ricorso alle misure alternative alla detenzione, su cui v. *amplius* DODARO (2012), pp. 253-254 e, con specifico riferimento agli orientamenti giurisprudenziali relativi al regime derogatorio dell'art. 4-*bis* ord. penit. pp. 268-270.

radicalmente demolitorio, pure da più fronti auspicato, la giurisprudenza costituzionale ha preferito «un progressivo accerchiamento»<sup>103</sup> della norma, modificata in taluni suoi ingranaggi ma giammai integralmente rottamata.

Questa cauta ma inesorabile strategia è stata inaugurata dalla già richiamata sentenza n. 306 del 1993, assunta nell'immaginario scientifico come *leading case* in tema di automatismi carcerari.

In quella circostanza la Consulta, forse in modo ancora non pienamente consapevole, mostrò tutto il suo disagio rispetto alla disciplina: pur salvando dall'incostituzionalità l'art. 4-*bis* ord. penit., giustificato dalla teoria polifunzionale della pena in chiave riduttiva della finalità rieducativa, si evidenziò come «la tipizzazione per titoli di reato non appa(risse) consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario», rivelando una preoccupante tendenza «alla configurazione normativa di “tipi d'autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita», e comunque specificando che le diverse funzioni della pena vanno fra loro bilanciate, senza che l'una possa obliterare completamente l'altra<sup>104</sup>.

A questa prima presa di posizione sono seguite in rapida successione altre pronunce, tutte nel senso di limare le asperità della norma: in questa direzione si sono mosse quelle sentenze, cui già si è fatto cenno, che hanno equiparato la collaborazione propriamente intesa (disciplinata all'art. 58-*ter* ord. penit.) alle ipotesi di collaborazione irrilevante, impossibile o comunque oggettivamente inesigibile, permettendo così ai condannati per reati ostativi di accedere a benefici e misure alternative non solo nei casi in cui avessero collaborato utilmente con la giustizia, ma anche nelle ipotesi in cui avessero dimostrato di non poterlo fare<sup>105</sup>.

Con uguale approccio mitigativo la Consulta è poi intervenuta su alcuni aspetti di diritto intertemporale del meccanismo preclusivo, dapprima ammettendo ai permessi premio tutti quei detenuti che avessero maturato i termini di ammissibilità prima dell'entrata in vigore della norma<sup>106</sup>, poi agendo sulla preclusione al beneficio della semilibertà per quei condannati che, prima della data di entrata in vigore, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata<sup>107</sup>.

Anche gli interventi più recenti si sono mossi in senso rimediabile - rispetto alle irragionevolezza del sistema normativo progressivamente venutosi a creare - ma circoscritto - ripiegando su censure specifiche della disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., anziché optare per epurazioni totali del meccanismo preclusivo.

È accaduto con le sentenze n. 239 del 2014<sup>108</sup> e n. 76 del 2017<sup>109</sup>, ambedue incidenti sull'ambito di applicazione della detenzione domiciliare ordinaria e speciale, laddove l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. ne precludeva automaticamente il beneficio alle detenute madri di prole di età pari o inferiore a dieci anni se condannate per un reato ostativo. È successo, altresì, con la sentenza n. 174 del 2018<sup>110</sup>, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* ord. penit. nella parte in cui non consentiva alle detenute condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, ord. penit. l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore a dieci anni, oppure lo subordinava alla previa espiazione di una frazione di pena. Nella medesima scia si è inserita anche la pronuncia n. 187 del 2019<sup>111</sup>, che ha ulteriormente allargato l'ambito applicativo della detenzione domiciliare

<sup>103</sup> Così GALLIANI e PUGIOTTO (2017), p. 13 ss.

<sup>104</sup> C. cost., sent. n. 306/1993 con nota di ACCONCI (1994), p. 837 ss. Da queste argomentazioni risulta poco chiara poi la decisione della Corte, che salva l'art. 4-*bis* ord. penit. ricorrendo all'«espediente teorico» della teoria polifunzionale della pena, come sostiene FIANDACA (1991), p. 331.

<sup>105</sup> Cfr. C. cost., sent. n. 357/1994 e C. cost., sent. n. 68/1995.

<sup>106</sup> C. cost., sent. n. 504/1995.

<sup>107</sup> C. cost., sent. n. 137/1999.

<sup>108</sup> C. cost., sent. n. 239/2014 con nota critica di FIORENTIN (2014b). Sulla pronuncia si vedano anche le letture di APRILE (2015), p. 141 ss.; CAPITTA (2014), p. 1 ss.; CASSIBBA (2015), p. 1 ss.; DI CHIARA (2014), p. 1277 ss.; PACE (2014a), p. 3948 ss.; SIRACUSANO (2014), p. 3940 ss.; TABASCO (2015), p. 1 ss.

<sup>109</sup> C. cost., sent. n. 76/2017 con commento di MENGHINI (2017), p. 1047 ss. Sulla pronuncia si vedano anche i contributi di FARINELLI (2017b), p. 872 ss.; LEO (2017), p. 231 ss.

<sup>110</sup> C. cost., sent. n. 174/2018, che ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 21-*bis* ord. penit., in riferimento agli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui, rinviando all'art. 21 ord. penit., esclude dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori la persona detenuta condannata per un reato ostativo di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* ord. penit., che non abbia espiaato almeno un terzo della pena.

<sup>111</sup> C. cost., sent. n. 187/2019, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 58-*quater*, commi 1, 2 e 3, ord. penit. «nella parte in cui detti commi, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale, prevista

speciale, rimuovendo quell'automatismo previsto nell'art. 58-*quater* commi 1, 2 e 3 ord. penit. che precludeva per un triennio l'accesso alla misura al genitore nei cui confronti fosse stata revocata un'altra misura alternativa precedentemente concessagli.

Il nocciolo duro nelle pronunce richiamate è rappresentato dall'art. 31, comma 2, Cost. - oltre che dalle pertinenti previsioni internazionali - espressivi del preminente interesse del minore a una relazione genitoriale finalizzata a un suo equilibrato sviluppo fisico e psichico. Far soccombere *ex lege* tale interesse in nome delle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata, traslando sul minore sia le conseguenze delle attività delittuose della madre che la sua scelta di non collaborare con la giustizia, è per il Giudice delle leggi costituzionalmente insostenibile, di qui la necessità di relativizzare l'originaria, insuperabile preclusione, prevedendo un meccanismo di accesso alle modalità agevolate di espiazione della pena che comunque resti subordinato alla verifica in concreto, affidata al magistrato di sorveglianza, delle ragioni che - nella situazione specifica sottoposta al suo giudizio - orientano il bilanciamento a favore delle esigenze del minore o alle contrapposte esigenze di sicurezza collettiva.

Secondo la lettura prevalsa in dottrina sarebbe la speciale forza del parametro costituzionale invocato e utilizzato dalla Corte (che "assorbe" tutti gli altri prospettati dai giudici *a quibus*) a giustificare la crepa nel tessuto dell'art. 4-*bis* ord. penit; fermo restando che, fuori dai casi di cui all'art. 31, comma 2, Cost., il regime dell'ostatività ai benefici penitenziali si confermerebbe regola legittima nel sistema carcerario degli adulti, posta la supremazia del legislatore ordinario che può, in singoli casi, subordinare la finalità rieducativa della pena ad esigenze diverse la cui tutela sia ritenuta preponderante.

Stessa logica è stata adottata dalla sentenza n. 90 del 2017, chiamata a confrontarsi con il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva breve per i condannati minorenni per uno dei delitti *ex art. 4-bis* ord. penit.<sup>112</sup> Nel sancire illegittimità di tale preclusione, la Consulta ancora una volta ha richiamato il parametro di cui all'art. 31 Cost. specificando come «non possa ritenersi conforme al principio di protezione della gioventù un regime che collide con la funzione rieducativa della pena irrogata al minore», imponendosi l'eliminazione di «automatismi applicativi nell'esecuzione della pena» a favore di «prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante»<sup>113</sup>, anzi su «prognosi particolarmente individualizzate»<sup>114</sup>, questo essendo «l'ambito di quella protezione della gioventù che trova fondamento nell'ultimo comma dell'art. 31 Cost.»<sup>115</sup>; vale a dire della «esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono»<sup>116</sup>.

Il sistema di giustizia minorile, precisa la Corte, si caratterizzerebbe per la specifica funzione di recupero dell'infradiciotenne, assunta a «peculiare interesse-dovere dello Stato, anche a scapito della realizzazione della pretesa punitiva»<sup>117</sup>. Ebbene, un divieto generalizzato e automatico di un determinato beneficio non può che porsi in contrasto con questo criterio, costituzionalmente vincolante, che esclude rigidi automatismi e richiede una valutazione caso per caso<sup>118</sup>.

---

dall'art. 47-*quinquies* ord. penit., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure indicate nel comma 2 dello stesso art. 58-*quater*. La Consulta ha esteso, in via consequenziale, la declaratoria di illegittimità anche alla misura della detenzione domiciliare ordinaria in favore della donna incinta, della madre o del padre di prole di età inferiore ad anni dieci con gli stessi convivente, quando la pena della reclusione da espriare non sia superiore a quattro anni, anche se costituente residuo di maggior pena (art. 47-*ter*, comma 1, lett. *a* e *b*, ord. penit.). Ciò per evitare che una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espriare pene meno elevate, resti irragionevolmente assoggettata a una disciplina deteriore *in parte qua*.

<sup>112</sup> C. cost., sent. n. 90/2017 con nota di MAGGIO (2017a), p. 901 ss. e di DELVECCHIO (2017), p. 201 ss. La pronuncia si allinea ad una consolidata giurisprudenza costituzionale da tempo orientata verso la differenziazione dei binari punitivi per gli adulti e i minori, a fronte di una panorama normativo desolante che, a dispetto delle promesse, ostinatamente rifiuta di positivizzare le regole penitenziarie minorili. Invero i progetti di riforma del sistema penitenziario, riguardanti tanto gli adulti che i minori, per lungo tempo erano stati oggetto di un unico testo; ragioni di opportunità indussero successivamente a separarli, ma con la previsione che il testo normativo riguardante i minori, anch'esso in gestazione, avrebbe seguito di poco quello per gli adulti. Una promessa mancata, ma raccolta dagli Stati generali dell'esecuzione penale e poi confluita nel d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, su cui v. *infra* § 6. Sul tema dell'esecuzione penale nei confronti di minori e sulla necessità di una disciplina specifica possono vedersi, tra gli altri, CESARI (2000), p. 2557 ss.; COMUCCI (2007), p. 4737 ss.; COPPETTA (2010), p. 251 ss.; LA GRECA (1998), p. 981 ss.; PINTUS (2010), p. 203 ss.; PITTARO (2000), p. 1069 ss.; SANTORIELLO (2000), p. 548 ss.

<sup>113</sup> C. cost., sent. n. 143/1996; in senso conforme, *ex multis*, C. cost., sent. n. 78/1989; C. cost., sent. n. 222/1983.

<sup>114</sup> Come precisa C. cost., sent. n. 78/1989.

<sup>115</sup> C. cost., sent. n. 128/1987; conf., C. cost., n. 222/1983.

<sup>116</sup> C. cost., sent. n. 125/1992.

<sup>117</sup> C. cost., sent. n. 49/1973.

<sup>118</sup> C. cost., sent. n. 436/1999 su cui, tra gli altri, SANTORIELLO (2000), p. 548 ss.



Anche in questa occasione, pertanto, la Consulta ha solo eliminato un'altra irragionevole previsione connessa al regime *ex art. 4-bis* ord. penit. e, coerentemente con la sua progressiva giurisprudenza, non ne ha criticato l'impianto complessivo o la logica di fondo.

Pur nell'eterogeneità dei temi affrontati, in ciascuna sentenza richiamata il giudizio di costituzionalità è stato condotto non già in relazione ad un vizio di irrazionalità della norma in sé, da intendersi come incoerenza della disciplina rispetto agli scopi dichiarati, quanto un vizio di irragionevolezza rispetto al caso concreto<sup>119</sup>, colto ora sul piano intrinseco (quando, cioè, l'automatismo risulta, rispetto alla propria *ratio*, sovra o sotto-inclusivo, applicandosi a soggetti che avrebbero dovuto essere esclusi o, viceversa, avrebbero dovuto essere inclusi nella disciplina), ora sul piano estrinseco (quando, cioè, la norma appare in contrasto con un principio generale, con un principio della normativa di settore o con un principio costituzionale)<sup>120</sup>.

Prendendo in prestito espressioni di weberiana memoria, il controllo della Consulta sull'*art. 4-bis* ord. penit. è stato fino ad oggi condotto secondo un criterio di razionalità rispetto ai valori (razionalità assiologica) e razionalità rispetto agli scopi (razionalità strumentale)<sup>121</sup>, nel tentativo di rendere la sovra-inclusività delle presunzioni in esso contenute un impedimento solo temporaneo, emendabile sul terreno dell'applicazione giudiziale concreta<sup>122</sup>.

Così impostati i termini della questione, ben si comprende come ogni studio condotto sulla giurisprudenza costituzionale in tema di relativizzazione delle presunzioni assolute e degli automatismi carcerari non possa che involgere la *vexata quaestio* dell'applicazione della norma generale e astratta ai casi concreti. È proprio la peculiarità del caso tipologico che innesca di volta in volta un problema di bilanciamento tra principi o valori o esigenze in concorrenza, che la norma penale nella sua sovra-inclusività genetica ignora e che la Corte è chiamata ad affrontare<sup>123</sup>.

Il tema degli automatismi carcerari finisce così per diventare un'utile occasione per collaudare la tenuta sistemica di una più generale ipotesi ricostruttiva: se l'evoluzione del sindacato di ragionevolezza sulle presunzioni assolute di cui continua ad avvalersi il diritto processuale penale nasconde l'inizio di un progressivo superamento del modello di decisione giudiziale basato su regole generali indefettibili, che affidano al solo legislatore il bilanciamento degli interessi in gioco, amputando la discrezionalità del giudice e - talvolta - deludendo le aspettative di giustizia concreta dei consociati.

La Corte costituzionale pare confermarsi organo propulsore di questo cambiamento, ed infatti tutte le pronunce richiamate, pur nella peculiarità della specifica questione di diritto affrontata, sembrano privilegiare strategie decisionali di tipo particolaristico che si basano su regole superabili in ragione di esigenze legate al caso concreto.

Nell'ottica della Consulta il superamento dello schema presuntivo si giustifica principalmente sulla base dell'esigenza costituzionale di assicurare al giudice la possibilità di differenziare situazioni di fatto fra loro non assimilabili, in attuazione del principio di uguaglianza che, nella sua dimensione negativa, impone di trattare diversamente casi differenti.

Lo strumento che, anche nel caso delle sentenze soprarichiamate, la giurisprudenza costituzionale solitamente adotta per trasformare generalizzazioni assolute in regole "temperate" è costituito dalla c.d. delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione<sup>124</sup>.

L'espressione designa quel *modus argumentandi* di cui si avvale il Giudice delle leggi per emendare la sovra-inclusività delle presunzioni e che si struttura in due momenti fondamen-

<sup>119</sup> Questa suddivisione si deve a ZAGREBELSKY (1988), p. 148 ss., il quale, nell'ambito del generale vizio di arbitrarietà della legge, distingueva le ipotesi di irrazionalità, irragionevolezza e giustizia. Sullo stesso tema anche SANDULLI (1975), p. 561 ss., che invece fa riferimento alla contraddittorietà, all'impertinenza e all'inadeguatezza.

<sup>120</sup> È CARAVITA DI TORITTO (1994), p. 260 ss., ad aver individuato questa categoria del giudizio di ragionevolezza, con il quale la Corte valuta le classificazioni rispetto al fine, per verificare se, rispetto a quest'ultimo, siano correttamente effettuate e pertanto non risultino sotto-inclusive o sovra-inclusive.

<sup>121</sup> Nello spiegare l'andamento della giurisprudenza costituzionale, richiama il pensiero di Weber FIANDACA (2017), p. 29.

<sup>122</sup> «In questa, come in altre occasioni, la Corte costituzionale si conferma come uno soltanto degli attori di un complesso gioco di "interazione strategica" in cui la palla passa dal legislatore ai giudici comuni, dai giudici comuni alla Corte costituzionale e da questa di nuovo alle corti di merito. È questo il tratto più tipico della c.d. delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione». Questa considerazione si deve a TESAURO (2012), p. 4913.

<sup>123</sup> Cfr. FIANDACA (2017), p. 30.

<sup>124</sup> Sulla delega di bilanciamento BIN (1991), p. 3574; ID. (1992), p. 88 ss., ove si precisa che la Consulta non sostituisce «il punto di bilanciamento fissato dalla norma impugnata con una soluzione alternativa», sovrapponendo alle scelte compiute dal legislatore una propria valutazione, ma si limita a «demolire la rigida assegnazione di valore degli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta». Una volta compiuta, quindi, l'operazione demolitoria della pianificazione degli interessi fatta dal legislatore, la Corte delega al giudice il potere di effettuare il bilanciamento, ponendo di conseguenza una regola sulla competenza. In tema si veda anche SCACCIA (2000), p. 342 ss.

tali: innanzitutto, si procede alla ricognizione sistematica di principi, diritti e interessi costituzionali in gioco, per concludere che le presunzioni risultano unilateralmente sbilanciate a favore di uno solo dei beni coinvolti; in un secondo momento, si disinnescia l'automatismo rendendolo permeabile a quegli interessi antagonisti che irragionevolmente sono stati pretermessi dal legislatore, e si affida ai giudici comuni il compito di plasmare volta per volta quella presunzione sulla base della particolarità del caso di specie<sup>125</sup>.

Si scopre così che - a dispetto del *nomen* - più che di una vera e propria regola di bilanciamento si tratta «di una “regola sulla competenza”, di uno strumento di riparto del potere decisionale: più precisamente, nel “gioco cooperativo” Corte costituzionale-corti comuni, si assiste (qui come altrove) a una distribuzione verticale di competenze decisionali secondo cui alla prima spetta il compito di procedere a un “bilanciamento definitorio” *all'ingrosso* (“per grandi categorie”), e ai secondi il compito di specificare in dettaglio le indicazioni “a trama aperta” fornite dal giudice costituzionale attraverso un bilanciamento *ad hoc* da compiersi caso per caso (*one case at the time*)»<sup>126</sup>.

Questa stessa strategia, peraltro, è stata già ampiamente collaudata in numerosi settori dell'ordinamento<sup>127</sup>. L'illegittimità è dichiarata quasi sempre in relazione all'art. 3 Cost., da solo o in combinato disposto con altre disposizioni, per violazione del principio di ragionevolezza, sotto il duplice profilo dell'incompatibilità con il principio di proporzionalità e/o con il principio di ragionevolezza empirica<sup>128</sup>.

In ciascuna di queste occasioni la Corte è ricorsa al medesimo congegno, sostituendo alla presunzione assoluta di adeguatezza della misura restrittiva una presunzione soltanto relativa<sup>129</sup>.

La dichiarazione di incostituzionalità non invalida in sé e per sé la regola impugnata, che continua a regolare la generalità dei consociati nei casi prefigurati dal legislatore; colpisce invece l'automatismo, dando al giudice la possibilità di temperarne la rigidità per adeguare l'applicazione della norma alle particolari esigenze di equità del caso<sup>130</sup>.

Autorevole dottrina ha ipotizzato, in considerazione di un filone giurisprudenziale così nutrito, che «dietro l'irrompere non occasionale del fatto nell'interpretazione e nel controllo di costituzionalità della legge si stia delineando un mutamento del modo tendenziale di manifestarsi del diritto, e specificatamente della legge, la cui realizzazione starebbe comportando un'estensione della giurisdizione nel sistema costituzionale dei poteri dello Stato»<sup>131</sup>. In altre parole, il modello di accertamento propugnato dal Giudice delle leggi pare destinato non solo a cambiare il processo, rendendolo malleabile e flessibile, ma soprattutto ad alterare i rapporti fra legislatore e giudice, attraverso la predisposizione di una normativa che, pur non sottraendosi al vaglio di opportunità *ex ante* del primo, sia poi soggetta ad un ulteriore controllo di ragionevolezza *ex post* del secondo.

Le recenti parabole giurisprudenziali e normative che hanno interessato il mondo delle cautele paiono confermare questa tendenza: al progressivo ampliamento della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria *ante iudicium* per una serie indiscriminata

<sup>125</sup> In altre parole, la Consulta, nel rispetto della separazione dei poteri, si astiene dall'adottare pronunce radicalmente caducatorie, limitandosi a «temperare la rigida assegnazione di valore che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta secondo le valutazioni discrezionali del soggetto applicatore», così BIN (1991), p. 3576.

<sup>126</sup> TESAURO (2012), p. 4914.

<sup>127</sup> Per un quadro d'insieme v. PACE (2014b), p. 1 ss. Con specifico riferimento agli automatismi nel diritto penale e processuale v. LEO (2014); MANES (2014), p. 199 ss.

<sup>128</sup> Secondo l'insegnamento della Consulta una presunzione assoluta si ritiene sproporzionata quando la norma, proprio a causa della sua inderogabilità, non sia in grado di far fronte compiutamente alle mutevoli esigenze del caso concreto; è invece irragionevole ove non risponda a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. Cfr., *ex plurimis*, C. cost., sent. n. 265/2010; C. cost., sent. n. 164/2011; C. cost., sent. n. 231/2011; C. cost., sent. n. 331/2011.

<sup>129</sup> Un *modus operandi* che, peraltro, recepisce pienamente l'insegnamento di Corte EDU, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, che oltre un decennio fa giustificò l'utilizzo di presunzioni di pericolosità a condizione, beninteso, che fossero relative (in quell'occasione la Corte riconobbe che, nell'ambito della criminalità organizzata di stampo mafioso, «une présomption légale de dangerosité peut se justifier, en particulier lorsqu'elle n'est pas absolue, mais se prête à être contredite par la preuve du contraire»). V. il commento di MANTOVANI (2004), p. 513. La pronuncia viene richiamata da GIALUZ (2013), pp. 117 e 119.

<sup>130</sup> Si è parlato a tal proposito di una nuovo *genus* di sentenze della Corte costituzionale, «additive per deficit di flessibilità», così SALAZAR (2000), p. 279.

<sup>131</sup> «Rilevo sin d'ora che viviamo, comunque, in una fase storica nella quale il ruolo del giudice e del diritto giurisprudenziale è andato acquistando uno spazio crescente rispetto alla legislazione scritta anche nell'ambito del diritto penale, con conseguente ridimensionamento delle differenze tra *civil law* e *common law*. Ciò altera, in qualche modo e misura, la fisionomia del diritto penale corrispondente alla tradizionale visione “legicentrica”, ideologicamente avversa ad un forte ruolo conformativo della giurisdizione e alla de-formalizzazione che la concretizzazione giurisprudenziale delle fattispecie incriminatrici produce come effetto inevitabile». Così FIANDACA (2017), p. 14.

di delitti ad opera del legislatore, ha fatto seguito una reazione uguale e contraria della Corte costituzionale<sup>132</sup>, che ha progressivamente eroso l'assolutezza del meccanismo. A fronte di una pioggia di declaratorie di incostituzionalità, il legislatore si è visto costretto a provvedere, apprestando con la legge n. 47 del 2015 un meccanismo di custodia carceraria "semi-automatico".

Sulla scorta dell'esperienza cautelare, in molti hanno cominciato a reclamare una profonda revisione del congegno ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., finalizzata a disinnescare gli automatismi carcerari e restituire alla discrezionalità del giudice di sorveglianza l'accertamento in concreto della pericolosità sociale del condannato.

## 4. Le presunzioni ai tempi della crisi della legalità

Come in un sistema di scatole cinesi, uno studio sulle presunzioni di pericolosità e sugli automatismi carcerari non può che involgere schemi concettuali di analisi proposti nell'ambito della più sofisticata riflessione teorico-generale sulle decisioni mediante regole, costituendo *leit motiv* dell'esperienza giuspositivistica. Il fenomeno, vasto e multiforme, torna ciclicamente alla ribalta, accompagnando le stagioni di riforma della giustizia penale<sup>133</sup>.

Non è certo contingente la discussione sui vincoli alla discrezionalità giudiziale, che concerne, specie riguardo alla giurisdizione penale, un problema di equilibrio<sup>134</sup>.

Da un lato, il principio di legalità consacrato negli artt. 25 e 101 Cost. esige che le singole regole di condotta, nonché le sanzioni contemplate in caso di violazione, siano specificate da fonte legislativa, con caratteri di generalità e astrattezza, anteriormente alla realizzazione del fatto. Il principio di legalità si presenta, così, anzitutto come riserva di legge, che descrive il monopolio del Parlamento nazionale sulla formazione penale; in secondo luogo, si proietta sui modi dell'accertamento all'interno del processo, trasformandosi in tassatività, ossia interdizione per il giudice dal discostarsi dalle coordinate legislative tracciate<sup>135</sup>.

Dall'altro, la discrezionalità giurisdizionale, da intendersi come capacità di adattare la norma generalmente posta alla specificità del fatto concreto, viene da tempo considerato presidio irrinunciabile di giustizia sostanziale, strumento asservito ai valori costituzionali, *in primis* al principio di uguaglianza declinato secondo ragionevolezza, il quale impone di differenziare sulla base di parametri di proporzionalità e adeguatezza la risposta punitiva; in secondo luogo, al principio di rieducazione della pena, che esige una regolazione puntuale tanto con riguardo al fatto che alle caratteristiche del suo autore, e che per ciò stesso si attua attraverso il conferimento ad un giudice del potere discrezionale di verificarne costantemente l'obiettivo rispetto al caso specifico<sup>136</sup>.

Il nesso fra legalità e applicazione della legge al caso concreto può, dunque, essere espresso

<sup>132</sup> A partire dal 2010 l'art. 275 c.p.p. è stato portato più volte all'attenzione del Giudice delle leggi, che lo ha ritenuto non conforme a Costituzione per una serie di reati: prima per i delitti a sfondo sessuale di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, 609-*bis* e 609-*quater* c.p. (induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con minorenni), poi per l'omicidio volontario (art. 575 c.p.), per l'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74 D.P.R. n. 309 del 1990), per il favoreggiamento dell'immigrazione il legale (art. 12, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 286 del 1998), per l'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p. e, da ultimo, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, per il delitto di sequestro a scopo di estorsione e per la violenza sessuale di gruppo. Per una rassegna esaustiva e per ampi riferimenti bibliografici, *ex multis*, GIALUZ (2013), p. 112 ss.; ILLUMINATI (2015), p. 1130 ss.

<sup>133</sup> Come precisano ZAGREBELSKY e MARCENO (2012), p. 212, il fenomeno non può considerarsi solo una «deviazione occasionale».

<sup>134</sup> Cfr. BIN (2014), p. 67: «La tensione tra il potere di emanare le leggi e il potere di interpretarle e applicarle ai casi concreti genera l'equilibrio di forze che sostiene lo Stato di diritto e che dà senso alla separazione dei poteri. Come mostrano le strutture triangolari delle capriate che reggono le volte per secoli e secoli, i due montanti si uniscono al centro e lì scaricano le loro forze opposte: perché ne risulti un equilibrio bisogna che siano ben distanziati i punti in cui essi si fissano alla base e che l'ancoraggio sia saldo. La costruzione dello Stato di diritto può reggere solo se il ruolo del potere politico-legislativo e quello dell'interpretazione e applicazione del diritto siano ben distanziati alla base e in essa saldamente fissati [...]».

Si soffermano sul rapporto legalità/discrezionalità, senza pretese di esaustività, DE FRANCESCO (2017), p. 1405 ss.; FERRUA (2017), p. 1265 ss.; INSOLERA (2012), p. 285 ss.; PALAZZO (2007), p. 1279 ss.; PULITANÒ (2015), p. 29 ss.

<sup>135</sup> Sul doppio volto (sostanziale e processuale) del principio di legalità v. FERRAJOLI (1989), p. 325 ss. In tema di legalità processuale cfr., per tutti, CHIAVARIO (1978), p. 439 ss.; GALANTINI (1999), p. 1989 ss.; LORUSSO (2015); MAZZA (2012), p. 3464 ss. Più in generale, sui vari profili del principio di legalità e sul suo collegamento con il concetto di Stato di diritto, si veda BOBBIO (1983), p. 554 ss. A difesa della legalità e contro il protagonismo giudiziario si staglia la voce autorevole di FERRAJOLI (2016), p. 13 ss. In senso conforme si veda anche VOGLIOTTI (2015), p. 131 ss.

<sup>136</sup> È l'«età della giurisdizione» o l'«epoca del giudice», secondo l'autorevole voce di FIANDACA (2007), p. 1251 ss., Id. (2011), p. 79 ss. In senso conforme v. GROSSO (2011), p. 125 ss.; INSOLERA (2012), p. 285 ss.; MOCCIA (2012), p. 299 ss.; ZANON (2012), p. 305 ss.

come rapporto fra legge e sentenza, tra legislazione e giurisdizione, tra *law in books* e *law in action*, tra previsione normativa in astratto e qualificazione giuridica del caso concreto<sup>137</sup>.

Inevitabilmente il tema evoca domande appartenenti al campo della filosofia e della teoria generale del diritto, ponendo interrogativi sulle fondamenta del diritto e degli ordinamenti giuridici, sulle modalità di declinare il concetto di giustizia, sul significato e sul ruolo dell'equità nella società moderna.

È un dibattito alto, che ha da sempre coinvolto le voci più autorevoli della dottrina e che ha accompagnato nei secoli l'evolversi del pensiero giuridico, riemergendo periodicamente all'attenzione per essere, di volta in volta, diversamente declinato a seconda del momento storico.

Tradizionalmente il binomio legalità/discrezionalità ha segnato la contrapposizione fra i modelli di *common law* e *civil law*.

È noto come la storia dell'ordinamento inglese e americano sia stata costruita attorno alla figura di un giudice elevato a baluardo contro i possibili arbitri e proteso verso la difesa delle libertà del singolo<sup>138</sup>. Animati dall'incessante «sforzo di dare al senso sociale di giustizia un'espressione articolata in regole e principi, il metodo degli esperti del diritto è sempre stato quello sperimentale», ove le regole non vengono mai considerate verità definitive, «bensì ipotesi funzionali, continuamente verificate in quei grandi laboratori del diritto che sono le corti di giustizia»<sup>139</sup>.

*Ex adverso*, nella storia giuridica dell'Europa continentale la tutela dei consociati filtra fra le maglie della legge: lo Stato di diritto è stato concepito come Stato legislativo, nel quale il Parlamento assolve alla sua funzione di governare la società e proteggere le libertà, mentre il giudice è bocca della legge, semplice organo applicatore del dettato legislativo, con conseguente interdizione dal potere creativo in sede ermeneutica<sup>140</sup>.

L'adesione all'uno o all'altro modello comporta inevitabilmente - e veniamo alla questione teorica di fondo - un diverso atteggiarsi del *quomodo* delle disposizioni normative. Anzi, può finanche giungersi a ritenere che sia proprio la tecnica di produzione a caratterizzare questi stessi modelli.

Mentre nei sistemi di *common law* si è fatto ricorso a norme a trama aperta, che ben si prestano alla concretizzazione giurisprudenziale, nella tradizione continentale legicentrica il rifiuto della produzione giudiziale del diritto e l'avversione per l'attività interpretativa dei giudici si è tradotta in quel frequente ricorso agli automatismi legislativi basati su presunzioni di cui si è già dato conto.

Nel suo significato ideale, un automatismo legislativo funziona come una doppia garanzia: riserva al legislatore democratico le scelte di politica criminale e garantisce la certezza del diritto e l'uguaglianza dei consociati. *In potenza*, dunque, questo *modus legiferandi* riflette gli ideali giuspositivistici e assicura la tenuta dello Stato di diritto; a destare preoccupazioni è piuttosto la sua deviazione *in atto*, che si verifica quando le pur legittime norme "trincerate" si trasformano in irragionevoli presunzioni assolute, che irrigidiscono ulteriormente il sistema inibendo al giudice qualsiasi margine d'apprezzamento.

Bisogna notare, infatti, come nella normalità dei casi ad una presunzione legislativa astrattamente posta si possa ovviare attraverso gli strumenti dell'ermeneutica<sup>141</sup>.

Il problema, quindi, non attiene allo iato fra la sfera giuridica considerata dalla presunzione e la realtà fattuale che pretende di inglobare, ma all'ipotesi in cui a questa frattura non si può porre rimedio attraverso l'interpretazione poiché l'automatismo legislativo è così rigido da divenire assoluto, impedendo ai giudici di ovviare al difetto di tipizzazione.

Questo modo di legiferare si allontana dagli ideali giuspositivistici, che comunque ammettono un intervento dell'organo giurisdizionale (se pur non in chiave creativa), assumendo il volto molto più moderno della deriva securitaria verso cui muove il sistema penale, che specie negli ultimi anni è stato contaminato dall'inserimento di plurime presunzioni assolute giustificate da astratte ragioni securitarie. L'automatismo legislativo ha finito per essere asservito a scopi populistici, diventando il cavallo di Troia atto a penetrare le mura che delimitano l'area,

<sup>137</sup> Sul tema FERRAJOLI (2016), p. 27.

<sup>138</sup> Cfr. MATTEI (2014); VARANO e BARSOTTI (2018).

<sup>139</sup> Così SMITH (1909), p. 21.

<sup>140</sup> Per un buon quadro di sintesi storico-ricostruttiva dei tratti salienti, come fin qui accennati, delle due tradizioni ordinamentali anglosassone e europea-continentale cfr. PANEBIANCO (2004), p. 119 ss.

<sup>141</sup> È quello che accade con le presunzioni *iusuris tantum*, proprie di un «modello conversazionale» che si serve di generalizzazioni sovra-inclusive «adattabili ai bisogni del momento». Così SCHAUER (2000), p. 18.

costituzionalmente inviolabile, della discrezionalità giudiziaria.

Quel legislatore di illuministica memoria, che ricorre alle presunzioni solo dopo attento bilanciamento e riflette con le sue scelte di politica criminale le reali esigenze di protezione della collettività, ha lasciato il passo al legislatore dell'emergenza, che si serve della paura collettiva per aumentare la *governance* complessiva.

Ne è derivata una crisi della capacità regolativa della legislazione – per eccesso o per difetto di regole – che ha condotto ad un progressivo affievolimento della riserva di legge a favore di nuovi spazi per la creatività giurisprudenziale<sup>142</sup>.

In breve può dirsi che l'espansione del diritto giudiziario sia stata l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni non meno patologiche del diritto legislativo<sup>143</sup>.

Fra queste disfunzioni va di certo annoverato il passaggio da una legislazione generale, astratta, chiara e accessibile a leggi prodotte a ritmi frenetici, formulate in maniera contorta, che innestano innumerevoli commi a norme preesistenti, spesso senza seguire un criterio *ratione materiae* evidente<sup>144</sup>. Ci confrontiamo oggi con un ordito codicistico confusionario, fatto di disposizioni stratificate, dalla dubbia intelligibilità e dalla problematica applicazione pratica, che inevitabilmente chiama in causa l'ermeneutica giudiziaria<sup>145</sup>.

Parimenti, appare ormai definitivamente superato l'ideale giuspositivista della legge come espressione democratica, posto il crescente (e talvolta schiacciante) ruolo assunto dall'esecutivo nella produzione di fonti primarie e all'interno del procedimento legislativo stesso<sup>146</sup>.

Ma le cause di quella che viene definita una vera e propria crisi della legalità sono molteplici e attengono non solo a fattori interni al processo ma anche a cause ad esso esterne<sup>147</sup>.

Il pluralismo e la complessità delle società contemporanee, la globalizzazione, la cooperazione internazionale sono ormai i nuovi connotati delle democrazie moderne, che vedono moltiplicarsi i centri di normazione a livello infra-statale (enti locali) e sovranazionale (organi europei), ciascuno dotato di autonome competenze normative, peraltro ripartite secondo criteri "liquidi" come la competenza, la sussidiarietà, la proporzionalità<sup>148</sup>.

A questa prima articolazione istituzionale multilivello consegue una parallela moltiplicazione dei centri di produzione giurisprudenziale, che ha alimentato quel dialogo tra corti nazionali e sovranazionali, con ulteriore espansione della giurisdizione e dell'argomentazione interpretativa<sup>149</sup>.

Detto altrimenti, la crisi della legalità, nella sua dimensione "esterna", finisce per coincidere con la crisi del sistema delle fonti<sup>150</sup>.

Assecondando un dibattito che impegna i costituzionalisti da oltre un ventennio, può dirsi che alla tradizionale - e a tratti rassicurante - iconografia piramidale del sistema della fonti di Kelsen, «si sostituiscono ora figure più complesse e disarmoniche, come la rete, l'arcipelago, o l'edificio barocco»<sup>151</sup>.

È inevitabile che da un simile labirinto si possa uscire solo seguendo il filo rosso dell'interpretazione giudiziale e ciò non fa che potenziare il ruolo dei giudici, che dismettono definitivamente le loro vesti di meri applicatori della legge per diventarne autori e ordinatori, con ulteriore incrinatura del paradigma legale<sup>152</sup>.

Autorevoli voci hanno ormai preso atto della crescente, e difficilmente contenibile, espansione del potere giudiziario e del diritto penale giurisprudenziale nel mondo contemporaneo, ammettendo il superamento della tradizionale contrapposizione fra modello di *common law* e

<sup>142</sup> Come sottolinea CARTABIA (2016), p. 472, si sta passando da un diritto a vocazione universalistica, che attraverso la rigida inderogabilità di norme generali e astratte limita la discrezionalità del giudice nella considerazione di esigenze e fatti non contemplati dalla legge, ad un diritto a vocazione particolaristica, che tale discrezionalità, al contrario, esalta quale presidio irrinunciabile per dare risposte alle richieste di giustizia che provengono dai casi concreti.

<sup>143</sup> Così FERRAJOLI (2016), p. 14.

<sup>144</sup> Perduta da tempo la centralità dei codici, la legislazione si è oggi tramutata in un'«accozzaglia di leggi speciali», composte di solito da innumerevoli articoli e commi che rinviano spesso ad altre leggi, dando luogo a interminabili labirinti normativi e a intricati sistemi di scatole cinesi nei quali si smarrisce qualunque interprete. In argomento v. BARBERIS (2014), p. 569.

<sup>145</sup> Cfr. PINO (2014a), p. 170. In senso conforme FERRAJOLI (2016), p. 14, che specifica come «con l'indeterminatezza della lingua legale, cresce pertanto la dimensione potestativa dell'attività giudiziaria e, correlativamente, se ne riduce la dimensione conoscitiva».

<sup>146</sup> In argomento FIANDACA (2011), p. 85 ss.; PINO (2014a), p. 178 ss.

<sup>147</sup> Per la distinzione tra fattori "endogeni" ed "esogeni" della crisi della riserva di legge cfr. GRANDI (2010), p. 48 ss.

<sup>148</sup> Per questa considerazione v. PINO (2014a), p. 171. FIANDACA (2011), p. 87 ss., invece, più che sulla frantumazione delle fonti, insiste sul *deficit* democratico degli organi europei.

<sup>149</sup> Su questi specifici aspetti si sofferma DI GIOVINE (2011), p. 2197 ss. e ID. (2013), p. 159 ss.

<sup>150</sup> Su cui, per tutti, PINO (2014b).

<sup>151</sup> Cfr. nuovamente PINO (2014b), pp. 7 e 68.

<sup>152</sup> La figura del giudice nel labirinto viene evocata da MANES (2012a).

*civil law*<sup>153</sup>, ciò non di meno si sono sottratti dall'evidenziarne le insidie.

Il rischio che più di frequente viene paventato dinanzi all'emancipazione del diritto vivente attiene alla possibile crisi d'identità del nostro sistema giuridico. Il superamento del paradigma legale, sostiene taluno, comporterebbe l'inevitabile tramonto dello Stato di diritto, nella sua duplice veste di separazione dei poteri e soggezione dei giudici alla legge<sup>154</sup>.

Offrire spazi alla creatività giurisprudenziale significherebbe, in altre parole, alterare l'asse del sistema penale capovolgendo i rapporti fra diritto "vigente" e diritto "vivente".

È un fenomeno peraltro già in corso: la recente produzione normativa che ha riformato il sistema penale appare infatti caratterizzata dalla positivizzazione di prassi emerse a livello giurisprudenziale. L'immagine allarmante che taluno evoca è quella di un legislatore che insegue i giudici<sup>155</sup>.

Queste considerazioni, astrattamente valide, peccano però di estremismo in concreto.

Prevedere norme "de-trincerate" che favoriscano modelli giurisdizionali di accertamento meno rigidi non significa automaticamente eliminare il controllo di opportunità fatto a monte del legislatore, il quale conserva il suo ruolo istituzionale di *dominus* delle scelte di politica criminale, pur cedendo degli spazi per la concretizzazione giurisprudenziale *ex post*<sup>156</sup>.

Per questa via è possibile conciliare l'espansione degli spazi legittimi e garantisti della giurisdizione con l'insieme dei principi consegnatoci dalla tradizione illuminista quali fondamenti dello Stato di diritto.

Un'ulteriore critica che di frequente viene mossa all'irrompere della creatività giurisprudenziale attiene al pericolo di un diritto imprevedibile: "de-trincerare" le norme, infatti, se da un lato permette di recuperare quegli spazi di giustizia sostanziale negati, dall'altro affida interamente all'estro dell'autorità giudiziaria la decisione, concedendole «una discrezionalità che ad alcuni parrà una buona allocazione dell'autorità decisionale, ma ad altri sembrerà variabile quanto la misura delle scarpe del cancelliere»<sup>157</sup>.

Non può negarsi, in effetti, come in assenza di una regola che affermi la vincolatività del precedente, o perlomeno di una norma che attribuisca l'obbligo del giudice di merito di uniformarsi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, il diritto giurisprudenziale non possa vantare alcuna pretesa di prevedibilità. La stessa giurisprudenza si mostra scettica in ordine alla possibilità di cristallizzare un diritto che si plasma nella prassi, come dimostra la nota sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012<sup>158</sup> che ha ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale, sollevata con riferimento all'art. 673 c.p.p., nella parte in cui tale disposizione non include tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna il mutamento giurisprudenziale determinato da una decisione delle Sezioni unite che comporti una sostanziale *abolitio criminis*. Per affermare che la successione di orientamenti interpretativi non può essere equiparata ad un atto di produzione legislativa, la Corte ha riconosciuto la stabilità solo "tendenziale" degli orientamenti espressi dal supremo organo della nomofilachia, cui può riconoscersi un certo grado di persuasività ma giammai la vincolatività.

In definitiva, la decisione, con la cautela che si impone quando si tratta di infrangere il paradigma costituzionale di legalità elaborato sulla base degli artt. 25 e 101 Cost., sposa una concezione formalista del rapporto tra giudice e legge<sup>159</sup>.

Il rischio è dunque l'avvento di un diritto incalcolabile, che abbandona il metodo deduttivo proprio dei giudici di *civil law*, senza peraltro controbilanciare questa perdita attraverso l'inserimento della vincolatività del precedente giudiziario, che è invece caratteristico dei Paesi di *common law*<sup>160</sup>.

<sup>153</sup> Quella tra ordinamenti di *common law* e ordinamenti di *civil law*, come è noto, è una distinzione che appare già fortemente contaminata – se non ormai priva di "alcun valore descrittivo" – dalla grande importanza assunta dal precedente e dalla giurisprudenza negli ordinamenti moderni, cfr. al riguardo la riflessione di TARUFFO (2010), p. 497 ss., sottolineando come «da un lato, invero, nei sistemi di *civil law* si f(accia) ampio uso del riferimento alla giurisprudenza, mentre nei sistemi di *common law* si f(accia) ampio uso della legge scritta ed intere aree di questi ordinamenti [...] sono in realtà codificate». Nella prospettiva penalistica si veda CADOPPI (2014); ID. (2005), p. 99 ss. Più di recente MANES (2017), p. 151 ss.

<sup>154</sup> «Equivale, in breve, ad assecondare una regressione premoderna», così FERRAJOLI (2016), p. 22.

<sup>155</sup> Evocata da FERRUA (2017), p. 1270, in riferimento alla l. n. 103 del 2017.

<sup>156</sup> La delega al giudice di merito è determinata da ragioni di giustizia sostanziale, come precisa TESAURO (2012), p. 4913. Adottando questa posizione di compromesso, viene rispettato quel limite (la c.d. cornice, di cui parlava KELSEN (1967)) oltre cui l'interpretazione cessa di essere "ricognitiva" di un plausibile significato del testo di riferimento e diventa "creativa".

<sup>157</sup> SCHAUER (2008), p. 57.

<sup>158</sup> C. cost., sent. n. 230/2012 con commento di MANES (2012b), p. 3481 ss.

<sup>159</sup> In tema MILONE (2016), p. 13. V. anche INSOLERA (2012), p. 296, che parla di «sentenza di forte cifra politica».

<sup>160</sup> Sull'esigenza di una "cultura del precedente" anche negli ordinamenti di *civil law* v. FIANDACA (2008); FURFARO (2011), p. 336 ss.; GORLA

Una simile argomentazione non sembra cogliere nel segno per almeno due ordini di motivi.

Innanzitutto, è ingenuo continuare a ritenere che per contenere l'ampio spazio della concretizzazione giudiziale delle fattispecie penali l'antidoto risieda in una più precisa tipizzazione legislativa dei fatti punibili. Anche la legislazione più scrupolosa, sotto il profilo di una descrizione puntuale dei presupposti della responsabilità penale, mai potrebbe avere l'effetto di annullare l'autonomia e l'inevitabile creatività della funzione interpretativo/applicativa. Il «giudice ventriloquo», si sa, è ormai una figura mitologica ampiamente abbandonata<sup>161</sup>.

Quanto al secondo profilo, pur non potendosi affermare (ancora) la sussistenza dello *stare decisis* nel nostro ordinamento, pare che con la recente riforma del processo penale attuata con la legge n. 103 del 2017 sia stato compiuto un timido passo in questa direzione.

Il riferimento è al nuovo comma 1-*bis* innestato nell'art. 618 c.p.p. in base al quale le sezioni semplici della Corte di cassazione, ove dovessero ritenere di non condividere il principio di diritto (in precedenza) enunciato dalle Sezioni unite, saranno sempre tenute a rimettere a queste ultime decisione sul ricorso<sup>162</sup>.

Di fatto, viene riconosciuta una natura in un certo qual senso vincolante ai *dicta* del supremo consesso nel chiaro intento di accentuarne la funzione nomofilattica<sup>163</sup>.

Nella stessa scia si pone l'ulteriore modifica che attribuisce alle Sezioni unite il potere di enunciare il principio di diritto anche quando dichiara l'inammissibilità del ricorso.

La lettura combinata delle disposizioni riconosce dunque un nuovo aspetto verticistico della giurisdizione, che induce a domandarsi se davvero i giudici debbano considerarsi ancora soggetti soltanto alla legge come prevede la Costituzione<sup>164</sup>.

Ancora. Fra le resistenze ad un modello di accertamento meno legicentrico si rintracciano anche alcuni fattori che potremmo definire "emotivi", come la notoria crisi di fiducia nei confronti degli organi della giustizia che attraversa la società in questo periodo storico<sup>165</sup>, di certo favorita dalla pericolosa contaminazione istituzionale che vede sempre più spesso magistrati emigrare in politica, con buona pace del principio di separazione fra poteri<sup>166</sup>.

La tematica non è nuova, come dimostra l'attualità di alcune parole che Piero Calamandrei scrisse settanta anni fa: «I giudici, per goder la fiducia del popolo, non basta che siano giusti, ma occorre anche che si comportino in modo da apparire tali: il magistrato che è salito sulla tribuna di un comizio elettorale a sostenere le idee di un partito, non potrà sperare mai più, come giudice, di avere la fiducia degli appartenenti al partito avverso. L'opinione pubblica è convinta, e forse non a torto, che prendere parte nella politica voglia dire, per i giudici, rinunciare all'imparzialità nella giustizia»<sup>167</sup>.

Non va sottaciuto, d'altro canto, come in un passato non troppo risalente siano state intraprese politiche sociali nel segno di una responsabilizzazione delle istituzioni nei confronti della collettività, basti pensare al *restyling* del 2015 della responsabilità civile dei magistrati<sup>168</sup>, nonché alla tipizzazione della responsabilità disciplinare attraverso l'introduzione di nuove fattispecie *ad hoc*<sup>169</sup>.

(1990), p. 4 ss.; MILONE (2016), p. 13 ss.; MARINELLI (2002), p. 871; RORDORF (2006), p. 279 ss.

<sup>161</sup> L'incisiva espressione si deve a DAWSON (1968), p. 410.

<sup>162</sup> Il meccanismo non è nuovo, trovando un proprio omologo antesignano nell'art. 374, comma 3, c.p.c. La norma è stata introdotta con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e viene definita «regola procedurale della nomofilachia» da CANZIO (2017), p. 5. CADOPPI (2014), p. 213, ne auspica l'estensione al diritto processuale penale da tempo.

<sup>163</sup> Sulla *ratio* APRATI (2017), p. 275 ss.; DE BLASIS (2017), p. 45; DE CARO (2017), p. 245; DELLA TORRE (2017), p. 189; FERRUA (2017), p. 1273; FIDELBO (2018), p. 115 ss.; LUDOVICI (2017), p. 427 ss.; SPANGHER (2018), p. 985 ss.; ID. (2016), p. 97. In tema anche MANES (2017), p. 151; VIGANÒ (2016), p. 213 ss.

<sup>164</sup> Avanza qualche perplessità DE CARO (2017), p. 245, secondo cui questa rigida gerarchia nomofilattica ha una dubbia tenuta costituzionale, posto che l'art. 101 Cost. ritiene i giudici soggetti soltanto alla legge. In senso conforme MANNA (2017), p. 184.

<sup>165</sup> SCHAUER (2008), p. 247. Il problema della perdita di credibilità per la magistratura è stato avvertito anche dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano nel suo intervento alla seduta del C.S.M. del 9 giugno 2009: «La magistratura non può non interrogarsi sulle sue corresponsabilità dinanzi al prodursi e all'aggravarsi dell'insufficienza del sistema giustizia e anche sulle sue specifiche responsabilità nei confronti di tensioni e opacità sul piano dei complessivi equilibri istituzionali. Tanto meno può non interrogarsi su quanto hanno potuto e possono nuocere alla sua credibilità tensioni ricorrenti all'interno della stessa istituzione magistratura».

<sup>166</sup> Su questo fenomeno v. CAFERRA (1997), p. 14; DI FEDERICO (2002), p. 111; ID. (1981), p. 13 ss.

<sup>167</sup> CALAMANDREI (1999), p. 238.

<sup>168</sup> Il riferimento è alla l. 27 febbraio 2015, n. 18 che ha innovato la vecchia legge Vassalli (n. 117 del 1988), su cui DAL CANTO (2015), p. 405 ss.; LA GRECA (2015), p. 1 ss.; ROMBOLI (2015), p. 348 ss. Come è noto, la disciplina è nata sotto la spinta della CGUE, Grande Sezione, 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo c. Italia*, cui ha fatto seguito una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, conclusasi con una sentenza di condanna per mancato rispetto dell'obbligo di conformarsi al diritto dell'Unione (CGUE, 24 novembre 2011, Commissione c. Italia).

<sup>169</sup> Il sistema di giustizia disciplinare è stato modificato dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 che ha optato per una tipizzazione "tendenzialmente

Altri progetti sono in cantiere, come il disegno di legge in tema di incandidabilità dei magistrati<sup>170</sup>. Stando ad una prima e solo provvisoria lettura del testo, l'intenzione del legislatore sarebbe quella di bloccare il fenomeno delle "toghe in politica" agendo sia a monte, irrigidendo i presupposti di accesso, sia a valle, sanzionando con un illecito disciplinare di nuovo conio le violazioni.

Ora, comunque lo si voglia valutare, il significativo ampliamento della funzione creativa della giurisprudenza appare un dato non controvertibile, del quale occorre prendere atto.

A questo sviluppo può guardarsi con occhi ottimistici, valorizzando il recupero di quegli spazi di giustizia sostanziali che la norma generale ed astratta inevitabilmente travolge, oppure ce ne si può preoccupare, scorgendo in questa tendenza una degenerazione del diritto, destinata a provocare decisioni imprevedibili ad opera di giudici privi di alcuna legittimazione democratica.

L'errore sta forse nella pretesa di sposare in termini assoluti concezioni neopositiviste o, viceversa, di emancipare il formante giurisprudenziale a vera e propria fonte di diritto, laddove sarebbe auspicabile assumere una posizione intermedia, nella direzione di una precisa ricognizione dei limiti entro i quali la discrezionalità interpretativa può esercitarsi senza provocare una rottura del quadro legale<sup>171</sup>.

## 5. *L'iter della riforma penitenziaria Orlando: dagli Stati generali alla prima bozza di decreto*

I tempi parevano maturi per giocare questa nuova sfida proprio sul terreno dell'esecuzione penale.

A livello generale va evidenziato come, dopo decenni di politiche penali demagogiche, accompagnate da politiche sociali deficitarie, sembrasse ormai acquisita l'urgenza di rinnovamento della produzione normativa, riletta non con gli occhi dell'astrattezza ideologica, ma con la forza dei fatti e della dura replica della storia.

Messa da parte la stagione emergenziale e l'isteria legislativa, sono state intraprese riforme di più ampio respiro, che sono intervenute con innesti di macro-chirurgia legislativa, promuovendo un cambio di rotta etico, ancor prima che giuridico<sup>172</sup>.

Sul versante più specifico della pena, poi, dopo la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo per trattamento inumano e degradante delle persone detenute, il quarantennale della riforma dell'ordinamento penitenziario è stato un'occasione per un ineludibile bilancio: se è pur vero che la concitata novellazione seguita alla condanna di Strasburgo ha meritoriamente posto rimedio soprattutto alla fase acuta del fenomeno del sovraffollamento carcerario e alla censurata mancanza di strumenti a tutela dei diritti dei detenuti, è altrettanto vero che la realtà delle carceri, salvo circoscritte eccezioni, è ancora distante dalle connotazioni e dal compito che assegna loro la Costituzione<sup>173</sup>.

---

rigida" delle fattispecie illecite. La nuova conformazione del sistema risponde all'esigenza specifica di aumentare la professionalità dei giudici e, conseguentemente, la qualità della giustizia attraverso l'inasprimento delle sanzioni disciplinari. Questa strategia veniva auspicata già da ZAGREBELSKY (1975), p. 439 ss.

<sup>170</sup> Il disegno di legge recante disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali è stato licenziato dal Senato nel lontano 2013 e poi dimenticato. Solo di recente ne è ripreso l'esame alla Camera che si è concluso con l'approvazione il 30 marzo 2017 di un testo modificato (C 2188) che giace ora al Senato per un'ulteriore lettura.

<sup>171</sup> In senso conforme RORDORF (2016), p. 5, secondo cui «è questa una conclusione che può apparire banale – forse anche inadeguata rispetto al livello teorico del dibattito innescato dal rapporto tra il giudice e la legge – ma che si radica nell'esperienza concreta dell'esercizio giurisdizionale e che, per banale che sia, si presenta spesso difficile da praticare nel variopinto panorama della realtà che l'interprete del diritto si trova quotidianamente a dover fronteggiare». Ad una posizione intermedia si apre anche DE FRANCESCO (2017), p. 1405 ss.

<sup>172</sup> Con questo auspicio è venuta alla luce la più volte richiamata l. n. 103 del 2017, su cui, per tutti, SCALFATI (2017).

<sup>173</sup> Basteranno i numeri ad offrire un quadro preciso della situazione: come attesta il XIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione in Italia, icasticamente intitolato *Torna il carcere*, dalla fine del 2015 alla fine del 2016 il tasso di affollamento è passato dal 105% al 108,8%, ed al 30 aprile 2017 eravamo già al 112,8%. Ancora troppi i detenuti "di passaggio" – sono passati dal 34,1% al 34,6% – così come quelli raggiunti da misure di sicurezza personali detentive. La pena carceraria rimane la normalità, il ricorso alle misure alternative alla detenzione, benché in aumento, appare del tutto insufficiente, specialmente se rapportato alla media europea. Il sovraffollamento, nuovamente in ascesa, vanifica qualsiasi percorso riabilitativo e svilisce la stessa dignità umana, che scompare in quei 3 mq. Rimane sempre preoccupante il numero di suicidi e di gesti autolesionistici, gli episodi di violenza e di sopraffazione, le carenze igieniche e la sostanziale inadeguatezza dell'assistenza sanitaria, l'amputazione della dimensione dell'affettività, l'assenza di *privacy*, l'endemica mancanza di lavoro *intra* ed *extra* murario, la frequente de-territorializzazione della pena, le carenze dell'assistenza *post*-penitenziaria, l'elevata percentuale dei casi di recidiva.



L'attenzione per gli automatismi penitenziari è tornata così al centro di un vivace dibattito nel corso degli Stati generali dell'esecuzione penale<sup>174</sup>. I lavori del Tavolo XVI hanno effettuato una ricognizione delle persistenti disposizioni dissonanti con i principi espressi dalla Corte costituzionale, alla cui stregua contrasta con la finalità rieducativa della pena ogni preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari che non lasci margine al magistrato di sorveglianza per apprezzare la positiva evoluzione della personalità e della condotta del condannato.

Esaurita la spinta emotivo-emergenziale che è seguita al *diktat* sul caso Torreggiani e che ha condizionato l'ultimo quadriennio di riforme del sistema penitenziario, l'approccio sistematico degli Stati generali ha costituito un'ottima premessa metodologica per una rivisitazione condotta *funditus* del doppio binario in ambito penitenziario.

Questa eredità è confluita nella delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nella legge n. 103 del 2017.

La scelta di articolare direttrici di delega per un aspetto che effettivamente necessita di interventi più meditati e mirati è apparso rassicurante<sup>175</sup>; d'altro canto, come si vedrà a breve, la formulazione «a maglie troppo lasche» dei criteri direttivi ha subito insinuato il dubbio che essi potessero risolversi in interventi di facciata<sup>176</sup>.

Per i fini che ci occupano, assume rilievo centrale la lett. e del comma 85 della novella Orlando che espressamente imponeva al legislatore dell'attuazione l'«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»<sup>177</sup>.

Il percorso tratteggiato dalla delega si snodava lungo due differenti binari: il primo era indirizzato verso l'eliminazione degli automatismi e delle preclusioni «impeditive» o «ritardanti» l'avvio di un percorso trattamentale individualizzante in ragione del titolo di reato e delle caratteristiche personali del condannato; l'altro era teso alla mera «revisione» delle stesse per gli ergastolani.

La legge delega pareva aver recepito l'impostazione secondo cui il pur necessario riordino delle misure alternative non potesse che partire dal tramonto degli automatismi e dal recupero di spazi a favore della discrezionalità giudiziale<sup>178</sup>.

Al contempo si è subito notato come l'attuazione di tali criteri potesse consentire un superamento solo parziale degli automatismi preclusivi.

Ciò innanzitutto perché le modifiche veicolate dalla legge delega riguardavano esclusivamente l'ordinamento penitenziario, mentre la completa eliminazione degli automatismi avrebbe imposto anche la modifica delle norme del codice penale che contengono presunzioni assolute di pericolosità<sup>179</sup>. Inoltre, il divieto dell'utilizzo di automatismi non era bandito nei casi «di eccezionali gravità e pericolosità» e «comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»<sup>180</sup>.

In attesa dell'esercizio della delega, gli addetti ai lavori si sono interrogati con grande im-

<sup>174</sup> L'iniziativa ha previsto la costituzione di un Comitato di esperti (D.M. 8 maggio 2015) e l'istituzione di diciotto tavoli tematici ai cui lavori hanno partecipato complessivamente oltre duecento persone. Le relazioni prodotte dai Tavoli sono state pubblicate sul sito del Ministero della Giustizia per essere sottoposte a consultazione pubblica, così come il Documento finale del 18 aprile 2016, su cui FIORENTIN (2016).

<sup>175</sup> Come osserva LORUSSO (2017), pp. 4-5, il legislatore sceglie di intervenire «a macchia di leopardo» in materia di giustizia penale, ora con modifiche dirette sulle norme codicistiche, ora con la delega legislativa per i profili più sensibili. E così, accanto a norme immediatamente applicabili, che toccano vari rami del campo penalistico (sanzionatorio, decisivo ed esecutivo), vi sono anche direttrici di delega per i giudizi di impugnazione (rispetto ai quali l'azione legislativa è frammentata tra intervento diretto e delega al Governo), l'ordinamento penitenziario e il tema delle intercettazioni telefoniche. La scelta di un provvedimento sì variegato nei contenuti lascia perplessi, compromettendo l'organicità dell'impianto strutturale della legge a dire di SPANGHER (2016), p. 89. Sul percorso politico della riforma penitenziaria v. TABASCO (2018).

<sup>176</sup> Esprime questa preoccupazione GIOSTRA (2017), p. 3.

<sup>177</sup> Su questi aspetti, e in generale sulle direttrici della riforma, CORVI (2017), p. 587 ss.; DELLA BELLA (2017), p. 250 ss.; DELL'ANNO (2017), p. 1093 ss.; FIORENTIN (2017a), p. 305 ss.; ID. (2017b), p. 415 ss.; FURGIUELE (2017), p. 325 ss.; MAGGIO (2017b), p. 67 ss.

<sup>178</sup> GIOSTRA (2015b), p. 63.

<sup>179</sup> DELLA BELLA (2017), p. 250, che a titolo esemplificativo fa riferimento alla disciplina differenziata relativa al bilanciamento delle circostanze ex art. 69 c.p. in relazione ai recidivi reiterati.

<sup>180</sup> Come evidenziava all'indomani della legge delega DELLA BELLA (2017), p. 251, la latitudine di questa clausola di salvezza era strettamente connessa all'interpretazione della congiunzione che lega le due proposizioni, se con valore disgiuntivo o – più probabilmente – integrativo, imponendo un cumulo fra i «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati» e i «delitti di mafia e terrorismo». Conf. BRONZO (2018), p. 6; DELL'ANNO (2017), p. 1094.

pegno sulle possibili traiettorie della riforma penitenziaria e sono stati chiamati alle armi dallo stesso Governo, che ha meritoriamente costituito tre Commissioni di studio *ad hoc*, presiedute da oltre cinquanta esperti, molti dei quali avevano già partecipato agli Stati generali, cui è stata affidata l'elaborazione dei decreti<sup>181</sup>.

Recependo questo lavoro, l'Esecutivo ha licenziato un prima proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario<sup>182</sup> che, in riferimento agli aspetti connessi all'oggetto di questo studio, mirava a riorientare costituzionalmente l'attuale regime ostativo ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla pena, intervenendo proprio sul perno rappresentato dall'art. 4-*bis* ord. penit., per poi estendersi a cascata sulle singole preclusioni normative stratificatesi nelle disposizioni della legge n. 354 del 1975<sup>183</sup>, nella chiara prospettiva del superamento degli ostacoli normativi a un trattamento rieducativo individualizzato<sup>184</sup>.

L'intervento agiva su due fronti: innanzitutto, rimodulava l'ambito applicativo del regime ostativo; in secondo luogo, razionalizzava il meccanismo probatorio.

Sul primo versante, lo schema di decreto puntava innanzitutto a restringere l'operatività della norma, agendo sul comma 1: oltre ai reati di criminalità organizzata, terrorismo ed eversione, espressamente menzionati nella legge delega, venivano attratti fra i casi di «particolare gravità» tutte le altre ipotesi associative già previste, ma limitatamente ai soggetti che avessero rivestito un ruolo apicale in seno al sodalizio, più alcune condotte criminose che, pur formalmente monosoggettive, sostanzialmente implicano per la loro struttura l'esistenza di profili organizzativi. Il riferimento è ai delitti di cui all'art. 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù), 600-*bis*, comma 1, (prostituzione minorile), 601 (tratta di persone), 609-*octies* (violenza sessuale di gruppo) c.p.<sup>185</sup>.

Secondo queste coordinate, l'accesso ai benefici extramurari, salvo i casi di collaborazione con la giustizia, veniva precluso, oltre che agli autori dei pochi delitti monosoggettivi sopra-mentzionati, ai condannati per delitti di mafia e terrorismo (lasciando intatta l'ampia area attualmente delineata per queste due categorie di reati) e a coloro che avessero rivestito ruoli

<sup>181</sup> Il 19 luglio 2017 con D.M. del Ministro della Giustizia sono state costituite presso l'Ufficio legislativo tre Commissioni di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e del sistema delle misure di sicurezza personali, come previsto dalla l. n. 103 del 2017. Più nel dettaglio, è stata istituita una Commissione per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo (presieduta dal Dott. Cascini); una Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario (presieduta dal Prof. Pelissero) e una Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso (presieduta dal Prof. Giostra).

<sup>182</sup> Sulla base dei lavori presentati dalla Commissione Giostra, il Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2017 ha approvato in esame preliminare un decreto legislativo che, in attuazione della delega contenuta nella l. n. 103 del 2017, introduceva disposizioni volte a riformare l'ordinamento penitenziario (A.G. 501). Il testo è passato poi all'esame delle Commissioni giustizia della Camera e del Senato che, con lievi ritocchi, hanno rimesso l'articolato al Consiglio dei Ministri il quale, non volendo dare seguito a tutte le condizioni formulate, il 16 marzo 2018, in sede di secondo esame preliminare, ha approvato lo schema di decreto A.G. 17, che ha trasmesso alle Camere unitamente all'A.G. 16, recante la riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario; all'A.G. 20, recante la disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni; e all'A.G. 29, recante le disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima.

<sup>183</sup> Per attuare la lett. *e* della delega, la prima bozza di decreto prevedeva l'erosione di numerosi divieti alla concessione dei benefici. Fra questi, particolarmente significativi per la questione che ci occupa, la modifica dell'art. 58-*quater*, di cui si proponeva una parziale abrogazione (con riferimento ai commi 1, 2, 3 e 7-*bis*) e una modifica al comma 5, nel senso di limitare la preclusione al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative alla detenzione per i soli delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. Erano inoltre interessati da modifiche *in bonam partem* anche altri istituti, quali la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva inflitta per reati commessi in relazione a uno stato di tossicodipendenza (art. 90 t.u. stup.) e l'affidamento in prova in casi particolari (art. 94 t.u. stup.). Non solo. La modifica nel regime di preclusioni individuate dall'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. interessava in via mediata la disciplina della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari per gli ergastolani ostativi *ex* 41-*bis* ord. penit. Come specificava la *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 26, «La ridefinizione del perimetro di delitti compresi nel disposto dell'art. 4-*bis* ord. pen. consente infatti una sia pur residuale rimozione delle ostatività per i delitti che comportano condanna all'ergastolo diversi da quelli di mafia e terrorismo (ad esempio, la fattispecie prevista dall'art. 630, comma 3, c.p., ove non riferibile ad un contesto criminale associativo)».

<sup>184</sup> Per un commento a prima lettura si rinvia a DOLCINI (2018b), p. 175 ss.

<sup>185</sup> Di seguito la modifica proposta al comma 1: «L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter* della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 416-*bis* e 416-*ter* del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis*, primo comma, 601, 609-*octies*, nonché delitti di cui agli articoli 416, primo e terzo comma, del codice penale realizzati allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies*, 630 del medesimo codice, dall'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, delitti di cui all'articolo 291-*quater*, primo comma, del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, di cui all'articolo 74, comma 1, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309».

chiave all'interno di altre tipologie di organizzazioni criminali operanti nei soli settori già specificati dalla legge.

Si assisteva, in sostanza, ad una ulteriore gradazione all'interno dei reati di prima fascia.

Da un lato, vi erano i partecipi (gregari e vertici) alle associazioni mafiose, terroristiche ed eversive, i quali potevano accedere ai benefici penitenziari solo a condizione che avessero proficuamente collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit.<sup>186</sup>. Rimanevano in questa area anche le ipotesi di contiguità non sfociate in condotte di partecipazione<sup>187</sup>.

Dall'altro, vi erano le associazioni criminali operanti negli altri settori individuati per le quali l'operatività del sistema preclusivo era legata al ruolo svolto all'interno del sodalizio: per il condannato in posizione apicale veniva applicata la disciplina prevista per i reati di mafia e terrorismo; per i semplici gregari, invece, si prevedeva l'accesso ai benefici anche indipendentemente da quella condotta collaborativa di cui all'art. 58-ter ord. penit.<sup>188</sup>. Tale presupposto, infatti, nel caso specifico della partecipazione secondaria, si riteneva potesse diventare un ostacolo insormontabile per l'accesso a benefici esterni, tale da impedire una opportuna valutazione della magistratura di sorveglianza sul percorso penitenziario di condannati di non spiccata pericolosità.

La soluzione prescelta, dunque, riduceva l'orbita applicativa dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. mediante l'introduzione di un duplice limite oggettivo: la necessaria sussistenza di una condanna per una fattispecie associativa e il ruolo rilevante all'interno del gruppo criminale. In filigrana si leggeva chiaramente una presunzione di stabilità del legame criminoso tale da giustificare un rigido divieto di accesso ai benefici extramurari.

Le ipotesi di reato monosoggettive e quelle di mera partecipazione, escluse dalla nuova area applicativa del comma 1, confluivano fra i delitti di seconda fascia di cui al comma 1-ter, così da destinarle a un regime di particolare cautela fondato non su rigidi automatismi ma su vagli più penetranti della magistratura, tesi a verificare, anche con l'obbligatorio ausilio delle forze dell'ordine, che non vi fossero elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva<sup>189</sup>.

Invero, sin dalle prime letture sono state avanzate non poche perplessità rispetto alla rinnovata conformazione dei delitti di prima e seconda fascia.

L'ambizione di recuperare lo spirito originario dell'art. 4-bis ord. penit., mai sottaciuta dal legislatore delegato, avrebbe dovuto condurre all'abrogazione del comma 1-ter e del secondo

<sup>186</sup> Come si evince dalla *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 23, si era ritenuto di non modificare la disciplina preesistente posto che tale preclusione appariva del tutto giustificata – rispettivamente – dalla peculiare natura “esistenziale” del legame mafioso e dalle forti convinzioni ideologiche alla base delle condotte con finalità di terrorismo.

<sup>187</sup> Probabilmente per la difficoltà di tracciare nette linee di demarcazione in ambiti criminali contrassegnati da ampie zone grigie, dove la collaborazione può ragionevolmente assurgere a requisito irrinunciabile per la fruizione di benefici. Cfr. *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 24.

<sup>188</sup> Le ipotesi di associazione per delinquere comune finalizzata a riduzione in schiavitù, tratta di persone, prostituzione minorile, sequestro di persone a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), i delitti relativi all'immigrazione clandestina (art. 12 t.u. immigrazione), nonché le associazioni finalizzate al contrabbando doganale (art. 291-*quater*, comma 1, t.u. doganale) o al traffico di stupefacenti (art. 74 t.u. stup.) avevano rilevanza ostativa solo per chi avesse rivestito ruoli di particolare rilievo nell'organizzazione criminale: il testo dell'art. 4 bis, comma 1, ord. penit., nella sua prima versione, rinviava all'art. 416 c.p. limitatamente ai commi 1 e 3, così da coinvolgere promotori e capi, ma non i meri associati; quanto alle materie degli stupefacenti e del contrabbando, la disposizione dell'art. 4 bis, comma 1, ord. penit., richiamando gli artt. 74 e 291-*quater* t.u. doganale limitatamente al primo comma delle due disposizioni, dava rilievo alle condanne pronunciate per aver promosso, costituito, diretto, organizzato o finanziato l'organizzazione e non anche alle condanne per mera partecipazione. A proposito di stupefacenti e contrabbando, nei primi pareri espressi dalla Commissione giustizia della Camera e da quella del Senato si chiedeva al Governo di dare rilievo ostativo anche alle condanne per mera partecipazione; l'indicazione non era stata però recepita.

<sup>189</sup> Se ne riporta il testo per chiarezza espositiva: «I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, salvo che siano stati acquisiti elementi che indichino la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i seguenti delitti: delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, secondo comma, 600-*ter*, primo, secondo e terzo comma, 600-*quinquies*, 602, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-*ter* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all'articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico; delitti di cui all'articolo 416, primo e terzo comma, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-*bis* e 609-*quater* del codice penale e dall'articolo 12, commi 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al citato decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni; nonché, fuori dai casi di cui al comma 1 del presente articolo, delitti di cui all'articolo 74 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, di cui all'articolo 291-*quater* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, di cui all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dall'articolo 609-*octies* del medesimo codice e dall'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al citato decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni».

periodo del comma 1, lasciando in vigore il solo regime speciale previsto per la criminalità organizzata mafiosa, terroristica ed eversiva (comma 1, primo periodo).

Del resto, in questa direzione militava il suggerimento della Commissione Giostra, i cui lavori erano effettivamente orientati nel senso di mantenere il meccanismo preclusivo per i soli delitti di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* c.p.<sup>190</sup>, creando un regime presuntivo penitenziario del tutto speculare rispetto a quello cautelare previsto dall'art. 275 c.p.p. e offrendo un contributo chiarificatore ad una disciplina dilaniata dai plurimi interventi manipolativi<sup>191</sup>.

Lo schema di decreto lasciava, poi, pressoché intatti i commi 1-*quater* e 1-*quinquies* confermando così lo speciale regime rieducativo previsto per i *sex-offenders*, sulla presunzione che simili condotte devianti non potessero che celare un disagio psicologico e personologico, tale che appariva ragionevole subordinare l'accesso ai benefici penitenziari all'espletamento di un percorso trattamentale specifico<sup>192</sup>.

Oltre che sull'ambito applicativo, la prima versione della riforma si concentrava anche sul regime probatorio.

Per la nuova area dei delitti di prima fascia l'*habitat* gnoseologico rimaneva invariato: il comma 1-*bis* della norma, non raggiunto da alcuna modifica, continuava a richiedere la *probatio diabolica* dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata ai fine della concessione dei benefici, da leggersi in combinato con la necessità di cui al comma 1 di collaborare proficuamente con la giustizia.

Anche da questa angolatura la prima versione della riforma prendeva le distanze dal progetto Giostra, che invece aveva suggerito di affiancare al pentitismo nuovi indici presuntivi di ravvedimento e risocializzazione del condannato, affidati alla prudente valutazione del giudice di sorveglianza<sup>193</sup>.

Quanto invece ai reati di seconda fascia, la bozza di decreto meritoriamente modificava il comma 1-*ter* garantendo l'accesso ai benefici a condizione che venissero acquisiti «elementi tali da far ritenere sussistente l'attualità di tali collegamenti». La soluzione, si leggeva nella relazione illustrativa, voleva attribuire un preciso onere di allegazione circa la sussistenza di questi elementi dimostrativi all'autorità giudiziaria, predisponendo così un modello di accertamento basato non su rigidi automatismi, ma su vagli più penetranti della magistratura<sup>194</sup>.

<sup>190</sup> La Commissione, invero, aveva prospettato due ipotesi alternative di intervento sull'art. 4-*bis* ord. penit., basate su due diverse interpretazioni della congiunzione «comunque» che lega le proposizioni «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati» e «delitti di mafia e terrorismo» (lett. *e*). Interpretandola con valenza integrativa, la Commissione proponeva di estendere il catalogo oltre i reati di mafia e terrorismo, includendo anche le altre fattispecie già inserite nel primo comma, limitando gli spazi applicativi delle preclusioni, però, alle sole ipotesi associative e ai soggetti che avessero rivestito un ruolo apicale in seno al sodalizio (proposta B). Interpretando invece la congiunzione in senso specificativo, la Commissione proponeva il cumulo fra i casi di eccezionale gravità e pericolosità e i delitti di mafia e terrorismo, limitando il catalogo di reati di prima fascia ai delitti di partecipazione all'associazione mafiosa, terroristica e sovversiva; si includeva, inoltre, il delitto di cui all'art. 416-*ter* c.p. Venivano, altresì, annoverati fra i delitti idonei a giustificare il massimo rigore, in chiave di «esclusione» o «ritardo» all'accesso ai benefici penitenziari o alle misure alternative, quelli commessi al fine di agevolare il sodalizio mafioso ovvero per finalità di terrorismo (proposta A). Benché entrambe le soluzioni prospettate fornissero piena attuazione ai criteri imposti dal delegante, la Commissione, ad ampia maggioranza, propendeva per la proposta A che, come dettagliatamente specificato nella Relazione illustrativa (v. *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario* della Commissione presieduta dal Prof. Giostra, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 febbraio 2018, p. 50), meglio rispondeva a esigenze di razionalità sistematica, appariva coerente con gli indirizzi giurisprudenziali recentemente offerti dai giudici costituzionali ed era ispirata ai canoni di necessaria proporzionalità e adeguatezza di un modello preclusivo fondato su presunzioni di pericolosità del condannato. In quest'ultima direzione si muoveva anche SIRACUSANO (2017), p. 189. In senso parzialmente difforme, le proposte di FIORENTIN (2017c), p. 161 ss.; FIORIO (2017), p. 171, i quali auspicavano l'eliminazione del riferimento all'art. 416-*ter* c.p. Più conservatrice la posizione di BORTOLATO (2017), p. 155 ss.

<sup>191</sup> Un'opzione di sistema che avrebbe potuto garantire una maggiore tenuta del regime a doppio binario, secondo il parere di FIORIO (2017), p. 176.

<sup>192</sup> L'unica modifica proposta per la fascia dei *sex-offenders* attecchiva all'inclusione nell'anno di obbligatoria osservazione anche dell'eventuale volontaria sottoposizione in libertà a specifici programmi terapeutici realizzati dopo la commissione del fatto e prima dell'inizio dell'esecuzione della pena. V. *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 26.

<sup>193</sup> In questa prospettiva appariva molto interessante la proposta da taluni avanzata di ridefinire il meccanismo probatorio dell'art. 4-*bis* ord. penit. secondo un inedito doppio binario. Da un lato, l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione veniva assicurato – come ora – a chi collabora proficuamente con la giustizia; dall'altro, alle attuali ipotesi normative di mancata collaborazione perché *a)* impossibile o *b)* irrilevante, veniva aggiunta l'ipotesi *c)* di una non collaborazione comune motivata che, tuttavia, non escludeva la sussistenza degli altri presupposti richiesti dalla legge per la concessione dei benefici e che si accompagnasse a condotte riparative, assunte a manifestazione di ravvedimento e risocializzazione del condannato in termini equipollenti alle condotte concretamente collaborative già descritte nella vigente dizione normativa. Il riferimento alle condotte riparative si rintraccia in BORTOLATO (2017), p. 155 ss.; FIORENTIN (2017c), p. 161 ss.; SIRACUSANO (2017), p. 189. In senso più netto la proposta di FIORIO (2017), p. 171, il quale riteneva che per ricondurre gli oneri probatori a fisiologia l'unica via percorribile fosse l'elisione del presupposto della collaborazione con la giustizia (con contestuale soppressione dell'art. 58-*ter* ord. penit.) e l'introduzione del criterio della prova positiva della permanenza dei rapporti tra il detenuto e l'organizzazione criminale al momento della richiesta dei benefici penitenziari. In tale ottica, anche le ipotesi di collaborazione inutile, impossibile ed inesigibile, ormai sfornite di razionale giustificazione, andavano soppresse.

<sup>194</sup> Così la *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 24 ss.

Le altre modifiche proposte attenevano, poi, ai soggetti che concorrono nella formazione della prova.

Si prevedeva, infatti, la soppressione del comma 3-*bis* che attribuisce al procuratore nazionale e al procuratore distrettuale il potere di veto per l'accesso ai benefici, facendo però salvo il parere – non vincolante – del solo procuratore distrettuale da rendere al magistrato o al tribunale di sorveglianza ai fini della concessione dei benefici (art. 4-*bis*, comma 2, ord. penit.)<sup>195</sup>.

La modifica, come la relazione governativa evidenziava chiaramente<sup>196</sup>, intendeva ricollocare “al centro” l'autonomia decisionale della giurisdizione di sorveglianza, unico organo deputato all'individualizzazione del trattamento rieducativo e alla differenziazione dei percorsi penitenziari, arginando di netto le interferenze amministrative nel procedimento esecutivo e assicurandone la tendenziale giurisdizionalizzazione; destava qualche perplessità la portata limitata del suo raggio d'azione. L'apprezzabile valorizzazione del ruolo e della funzione della magistratura di sorveglianza, infatti, avrebbe dovuto indurre ad espungere dalla disposizione non solo il comma 3-*bis*, ma – per identità di *ratio* – anche gli attuali commi 2, 2-*bis* e 3, relativi al ruolo del Comitato provinciale e del questore<sup>197</sup>.

Ebbene, a dispetto di tutte le criticità evidenziate, nel commentare la prima bozza di riforma dell'ordinamento penitenziario si è detto che procedesse «cautamente», ma «nella giusta direzione»<sup>198</sup>; pur non essendo riuscita a disinnescare del tutto il meccanismo preclusivo alla riabilitazione, la proposta perlomeno rappresentava un primo passo nella direzione di un'attuazione concreta – e non di mera facciata – di quel diritto alla speranza che costituisce il vero cuore pulsante della funzione rieducativa della pena, da intendersi come *chance* concreta per il condannato alla risocializzazione<sup>199</sup>.

L'auspicio era quindi che lo schema di decreto legislativo terminasse il suo *iter*, in tempi rapidi ma in modo meditato, rimettendo all'apporto strategico delle Commissioni il compito di adeguare il testo ai lavori del progetto Giostra<sup>200</sup>.

## 6.

### Nuova legislatura, nuova riforma penitenziaria: nessuna novità in tema di preclusioni alla riabilitazione

Ad un metro dal traguardo la riforma penitenziaria Orlando ha subito una brusca battuta d'arresto a causa dei complessi adempimenti dovuti alla delicata congiuntura politico-istituzionale.

Sin dall'insediamento del nuovo Parlamento, è subito stato chiaro che il testo, nella sua originaria versione, non avrebbe visto la luce.

Ed infatti, formatosi il nuovo esecutivo, sono state subito prese le distanze dal precedente progetto e, invocando l'esigenza di certezza della pena, il Guardasigilli ha dichiarato a chiare lettere che la riforma «così com'è, non potrà andare avanti»<sup>201</sup>.

Questa motivazione politica è alla base del secco rifiuto di assegnare ad una Commissione speciale l'esame dello schema di decreto legislativo, in un'ottica ritenuta di «puro ostruzionismo»<sup>202</sup>.

Come era prevedibile, le Commissioni giustizia dei due rami del nuovo Parlamento hanno

<sup>195</sup> Nei pareri espressi dalla Commissione giustizia della Camera e da quella del Senato si è chiesto al Governo di prevedere anche il parere del procuratore nazionale; l'indicazione non era stata però recepita.

<sup>196</sup> Come si legge nella *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 25, «la soppressione del comma 3-*bis*, quindi, risponde a una precisa esigenza: eliminare un automatismo preclusivo saldato a una “informativa” attestante l'attualità di collegamenti con la criminalità, non filtrata, fra l'altro, da alcuna verifica giurisdizionale».

<sup>197</sup> FIORIO (2017), p. 170 ss.

<sup>198</sup> DOLCINI (2018b), p. 177, che definisce l'intervento sulle preclusioni «modesto».

<sup>199</sup> Come è stato recentemente evidenziato con grande sensibilità emotiva – oltre che giuridica – da GIOSTRA (2018), p. 122 «il tempo della pena non dovrebbe essere inedia trascorsa in una sorda astanteria, una clessidra senza sabbia, ma un tempo di opportunità per un ritrovamento di sé e di un proprio ruolo sociale». L'Autore richiama, inoltre, l'insegnamento di Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito: il diritto a sperare implica il dovere degli Stati di prevedere un riesame che permetta «di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione». Di «diritto alla speranza» parla anche Corte EDU, 13 giugno 2019, Viola c. Italia (2).

<sup>200</sup> In questa direzione andava l'appello sottoscritto da diverse associazioni in rappresentanza dei mondi dell'università, dell'avvocatura, della magistratura e del volontariato, nonché da autorevoli giuristi e da personalità della società civile. Nello stesso senso anche l'appello dell'Unione delle Camere Penali ai Deputati (11 aprile 2018) e al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella (9 maggio 2018).

<sup>201</sup> *Riforma dell'ordinamento penitenziario: il ministro Bonafede chiarisce la sua posizione*, in [www.dirittoegustizia.it](http://www.dirittoegustizia.it), 22 giugno 2018.

<sup>202</sup> DELLA CASA (2018), p. 2.

fornito un parere contrario alla riforma, tacciando l'intervento come meramente deflativo, a totale discapito della sicurezza della collettività e con sacrificio del principio della certezza della pena<sup>203</sup>.

Il Consiglio dei ministri, allora, in zona Cesarini ha presentato un nuovo pacchetto di riforme<sup>204</sup> che, ricevuto il *placet* in Commissione<sup>205</sup>, ha condotto in tempi brevi all'emanazione di tre decreti legislativi di modifica dell'ordinamento penitenziario<sup>206</sup>.

La riforma giunge così al suo capolinea. In vigore dal 10 novembre 2018, detta disposizioni in tema di assistenza sanitaria, semplificazione dei procedimenti in ambito penitenziario e competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123)<sup>207</sup>; vengono introdotte modifiche in tema di vita e lavoro penitenziario (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124)<sup>208</sup>; viene infine creato l'ordinamento penitenziario minorile (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121)<sup>209</sup>.

E le preclusioni?

Come si legge chiaramente nella Relazione illustrativa, il Governo ha deciso di non dare attuazione alla lett. e della delega, proponendo un «testo diverso, nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente con conseguente superamento dell'assetto complessivo della riforma»<sup>210</sup>.

Si è scelto di rinunciare a qualsiasi opera di sfortimento delle ipotesi ostative, quasi che razionalizzare la norma equivallesse ad abbassare la guardia nel contrasto alla criminalità, laddove invece la proposta della Commissione era nel senso non già di ammettere *de plano* tutti i condannati per il reato ostativo alle misure alternative alla detenzione, bensì soltanto di evitare che gli stessi venissero aprioristicamente esclusi dalla possibilità di fruirne, anche se meritevoli.

Il tortuoso cammino della riforma penitenziaria verso il superamento delle preclusioni alla riabilitazione, inaugurato dagli Stati generali, avallato dalla Corte costituzionale e poi condotto verso il traguardo dalla Commissione Giostra, si interrompe così ad un passo dalla meta.

Si tratta di un epilogo che giustifica «un profondo rammarico»<sup>211</sup>, ma che in fondo non stupisce<sup>212</sup>.

Si ricorderà come la riforma penitenziaria Orlando sia stata subito presentata dai *mass media* come un *passé-partout* per la fuoriuscita dal circuito penitenziario di mafiosi e terroristi<sup>213</sup>, una sorta di espediente per scardinare il canone della certezza della pena, in un'epoca storica

<sup>203</sup> Il Governo Gentiloni, in secondo esame preliminare, aveva approvato il 16 marzo 2018 lo schema di decreto A.G. 17, che aveva poi trasmesso alle Camere, unitamente agli schemi di decreti A.G. 16, recante riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario; A.G. 20, recante disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni; A.G. 29, recante disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima. Tutti questi schemi sono stati esaminati, con l'inizio della XVIII legislatura, dalle Commissioni giustizia di Camera e Senato. In particolare, sull'A.G. 17, le Commissioni hanno espresso parere contrario (la II Commissione del Senato l'11 luglio 2018; la II Commissione della Camera il 12 luglio 2018).

<sup>204</sup> L'ultimo giorno utile per l'esercizio della delega, il 3 agosto 2018, il Consiglio dei ministri, avvalendosi della proroga di 60 giorni prevista nel comma 83 della l. 103 del 2017, ha trasmesso alle Camere un nuovo schema di decreto legislativo, l'A.G. 39, con il quale l'Esecutivo, espressione della nuova maggioranza parlamentare, ha inteso avviare un nuovo procedimento di esercizio della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario.

<sup>205</sup> Il Governo Conte ha trasmesso alle Camere l'A.G. 39, sul quale, nella seduta del 19 settembre 2018, la Commissione Giustizia della Camera ha espresso un parere favorevole con un'osservazione. Quanto, invece, alla Commissione del Senato, è stato espresso parere favorevole il 25 settembre 2018. Il Governo, uniformandosi alle indicazioni, ha così emanato il d. lgs. n. 123 del 2018.

<sup>206</sup> Il riferimento è al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, *Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103*; al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, *Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103*; e al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, *Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103*. Sulla riforma penitenziaria nel suo complesso si rinvia a FIORENTIN (2019); ID. e FIORIO (2019); FIORIO (2019), p. 740 ss. Si veda anche GONNELLA (2019).

<sup>207</sup> In particolare, il testo del d.lgs. n. 123 del 2018 risulta costituito da un capo I dedicato all'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, un capo II sulla semplificazione delle procedure, un capo III contenente modifiche in tema di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria ed un capo IV contenente disposizioni in tema di vita penitenziaria. Sui contenuti specifici v. BORTOLATO (2018), p. 121 ss.; FIORENTIN (2019), p. 12 ss.; ID. e FIORIO (2019), p. 85 ss.; RUARO (2018).

<sup>208</sup> Il d.lgs. n. 124 del 2018 viene strutturato in due capi: un primo contenente «Disposizioni in tema di vita penitenziaria» – dunque identico, nella denominazione, a quello contenuto nel d. lgs. 123 – ed un secondo contenente «Disposizioni in tema di lavoro penitenziario». Per un commento a prima lettura si rinvia a DELLA BELLA (2018). Sul d.lgs. n. 124 del 2018 si vedano anche BORTOLATO (2018), p. 127 ss.; FIORENTIN (2019), p. 93 ss.; ID. e FIORIO (2019), p. 165 ss.

<sup>209</sup> Su cui v. CARACENI (2018); FIORENTIN (2019), p. 120 ss.; ID. e FIORIO (2019), p. 9 ss.; TRIBISNONNA (2019), p. 717 ss.

<sup>210</sup> *Relazione illustrativa all'A.G. 39*, p. 1.

<sup>211</sup> In questi termini si esprime DELLA CASA (2018), p. 2. Parla di una riforma che, pur a lungo elaborata, nasce monca FIORENTIN (2018), che evidenzia come la rinuncia del Governo subentrato al precedente esecutivo di esercitare la delega su un importante settore della riforma quale quello degli automatismi preclusivi, induce a dubitare che l'intervento – al di là della sua intitolazione formale – possa davvero qualificarsi come attuativo della delega contenuta nella l. 103/2017.

<sup>212</sup> Lo evidenzia chiaramente DE VITO (2018), p. 113 ss.

<sup>213</sup> DOLCINI (2018c), pp. 226-227. In tema anche GIOSTRA (2018), p. 123 ss.

che fa i conti con un perdurante senso di insicurezza sociale, reale o mediaticamente indotto, poco importa.

Questo accanimento è stato di certo esacerbato dal particolare momento politico e così, alla vigilia delle elezioni, l'accurato lavoro istruttorio e redazionale svolto dal 2015 è stato travolto dall'ennesima deriva populista, che ha ridotto la riforma carceraria ad un vuoto *spot* elettorale<sup>214</sup>.

Il progetto Giostra è stato tacciato di ingiustificato e – a dire di alcuni – pericoloso indulgenzialismo, senza comprendere che invece la proposta puntava ad applicare una pena giusta e necessaria, non ciecamente predeterminata, ma modellata da un giudice sulla base dell'effettiva partecipazione del condannato ad un progetto di riabilitazione. Niente più di quanto ci chiede la nostra Carta costituzionale da oltre settant'anni, insomma.

Lecito chiedersi, a questo punto, cosa ne sarà delle disposizioni contenute nella legge delega e di quelle elaborate dalla Commissione ministeriale: potranno avere ugualmente una qualche concreta incidenza o sono destinate a rimanere soltanto un'occasione mancata<sup>215</sup>?

Appare difficile presagire gli sviluppi futuri.

Uno scenario possibile parrebbe essere, secondo taluni, quello dell'autonoma applicazione della delega inattuata<sup>216</sup>.

Esiste infatti un orientamento della dottrina costituzionalista incline ad ammettere che, in presenza di determinati requisiti, le norme di una legge delega inevasa siano suscettibili di un'autonoma applicazione, a condizione che presentino una tale densità prescrittiva da fornire di per sé stesse una disciplina sostanziale dell'oggetto delegato<sup>217</sup>.

Per questa via, come è stato acutamente evidenziato<sup>218</sup>, la direttiva contenuta nella lett. e potrebbe essere attuata, quantomeno con riferimento alle preclusioni riguardanti lo *status* di recidivo, posto che – *in parte qua* – si parla di una pura e incondizionata eliminazione degli effetti negativi della preclusione.

Pur astrattamente ipotizzabile, in concreto questa strada appare difficilmente percorribile: intanto, non vi è uniformità di vedute in tema di recuperabilità delle disposizioni di una legge delega inattuata; in secondo luogo, pur a voler ammettere questa tesi, in ogni caso non si riuscirebbe ad ottenere niente più che un risultato parziale, visto che, salva la prescrizione per i recidivi, la restante parte della delega non è così precisa da giustificarne l'automatica applicazione.

È assai più probabile, allora, che la palla passi alla Corte costituzionale, affinché dia corpo per altra via alle proposte della Commissione Giostra attraverso le sue pronunce, continuando quel processo di progressiva erosione dell'art. 4-*bis* ord. penit. inaugurato da ormai diversi anni.

Chiara indice di questa intenzione si rintraccia nella già citata sentenza n. 174 del 2018<sup>219</sup>, emanata dal Giudice delle leggi in un momento storico e politico in cui appariva chiaro a tutti che la riforma penitenziaria, nella sua prima versione, fosse destinata a fallire.

Ed infatti, mentre le proposte della Commissione Giostra venivano avviate su un binario morto dalla nuova maggioranza parlamentare, la Consulta faceva cadere un'altra preclusione, ossia quella che impediva alle detenute condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. di accedere all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci.

In questa stessa scia, più di recente, si è inserita la pronuncia n. 99 del 2019, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità al condannato che si trovi in condizioni di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena di accedere alla detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit.<sup>220</sup>

<sup>214</sup> Come evidenziano con rammarico GIOSTRA e GIANFILIPPI (2018), p. 130, «la parte qualificante della riforma è stata ufficialmente sacrificata sull'altare della «certezza della pena». Una scelta di politica criminale che costituisce una vera e propria «giuridicolaggine»: «attenzione – diceva questo mistificante neologismo – vogliono sversare nella collettività il liquame sociale che eravamo riusciti a rinchiudere tra quelle solide mura»; «attenzione – ribadiva con maggiore *aplomb* il sedicente principio di certezza della pena – se la pena non viene eseguita sino all'ultimo giorno tanti delinquenti vengono immessi nuovamente, impuniti, nelle vene della società sana».

<sup>215</sup> Riflette sul destino della delega inattuata DELLA CASA (2018), p. 8.

<sup>216</sup> Paventa questa possibilità, pur mostrandosi scettico in ordine alla sua concreta fattibilità, DELLA CASA (2018), p. 9.

<sup>217</sup> Una tesi che affonda le sue radici in C. cost., sent. n. 224/1990, ove si ammise che, nel caso in cui fossero dotati di una densità prescrittiva particolarmente intensa e pervasiva, i principi e i criteri direttivi potessero autonomamente costituire disciplina sostanziale dell'oggetto delegato. Sul tema si veda il recente contributo monografico di DE LUNGO (2017); nonché COCOZZA e STAIANO (2001); DE FIORES (2001); MAGARÒ (2000).

<sup>218</sup> Cfr. DELLA CASA (2018), p. 9.

<sup>219</sup> C. cost., sent. n. 174/2018.

<sup>220</sup> C. cost., sent. n. 99/2019 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit., per contrasto con gli artt. 2, 3, 27 comma 3, 32 nonché 117 Cost. (in relazione all'art. 3 CEDU), nella parte in cui la norma non prevedeva che, nell'ipotesi di

Il tema affrontato dalla Consulta in questo caso non investe direttamente un automatismo penitenziario, ma la pronuncia merita di essere ricordata perché conferma la possibilità che i suggerimenti delle Commissioni ministeriali incaricate di riformare l'ordinamento penitenziario possano “rivivere” attraverso gli interventi del Giudice delle leggi.

I lavori della Commissione Pelissero, infatti, avevano evidenziato come un detenuto affetto da grave infermità psichica sopravvenuta con un residuo di pena superiore ai quattro anni non avesse accesso ad alcuna forma di esecuzione della pena *extra moenia* e che la mancanza di qualsiasi alternativa al carcere determinasse un vuoto di tutela inaccettabile del diritto fondamentale alla salute, integrante un vero e proprio trattamento inumano. Di talché era stata conosciuta la nuova misura di cui all'art. 47-*septies* ord. penit., un'inedita forma di affidamento in prova destinata a quei soggetti raggiunti da una malattia psichiatrica nel corso dell'esecuzione della pena<sup>221</sup>.

Ebbene, la Corte costituzionale, nell'esaminare la censura, ha risolto la questione proprio ispirandosi a questa proposta: pur non potendo introdurre un rimedio *ex novo*, ha optato per allargare del maglie degli strumenti in dotazione, ampliando l'ambito applicativo della detenzione domiciliare in deroga di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit.

Precisato che si tratterebbe, per l'appunto, del medesimo approdo a cui è pervenuta la Commissione Pelissero, l'esempio si presta assai bene a confermare l'intenzione della Corte costituzionale di portare a termine nel modo migliore la già avviata riforma dell'ordinamento penitenziario.

Nella direzione di un perfetto allineamento della normativa penitenziaria al disposto dell'art. 27 comma 3 Cost. si è mossa anche la già citata sentenza n. 187 del 2019<sup>222</sup>, chiamata a confrontarsi con il divieto triennale di concessione di benefici penitenziari (nella specie, la detenzione domiciliare speciale *ex* art. 47-*quinquies* ord. penit.) nel caso di revoca di una precedente misura, come previsto dall'art. 58-*quater*, commi 1, 2 e 3, ord. penit.

Nell'accogliere l'eccezione di incostituzionalità, la Consulta non si è sottratta dal prendere posizioni nette contro quella linea di politica criminale che, ostinatamente, sanziona la scarsa affidabilità di un condannato evaso o che abbia trasgredito alle prescrizioni imposte sulla base di una presunzione assoluta (tutt'altro che verificata in concreto) di temporanea inidoneità rispetto a forme di espiazione della pena detentiva che si attuino anche parzialmente al di fuori dell'istituzione carceraria.

Segnali ancor più rassicuranti giungono da Strasburgo. La Corte europea, infatti, si è di recente confrontata con la disciplina italiana dell'ergastolo ostativo nel ricorso Viola c. Italia<sup>223</sup>.

Pur non potendo affrontare in questa sede il tema specifico che ha impegnato i giudici, occorre però rilevare come la Corte EDU abbia finalmente smentito la rigida equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale e stigmatizzato tale presunzione assoluta che, di fatto, collega la pericolosità dell'interessato al momento della commissione dei delitti per i quali è stato condannato, senza alcuna valutazione circa gli eventuali progressi ottenuti dopo la condanna.

All'impetosa condanna i giudici di Strasburgo hanno poi fatto seguire un invito a provvedere indirizzato al legislatore domestico: pur non trattandosi di una sentenza pilota, il ricorso Viola ha infatti svelato un difetto strutturale dell'ordinamento penitenziario italiano, cui è necessario porre rimedio, garantendo ai detenuti ostativi, anche in assenza di collaborazione, una valutazione *case by case* del percorso rieducativo effettivamente compiuto.

Una sollecitazione, questa, che non potrà non influire sull'ormai prossima decisione della Consulta in tema di ergastolani ostativi e preclusione alla concessione dei permessi premio<sup>224</sup>.

In definitiva, l'analisi pur rapida dei recenti approdi giurisprudenziali nazionali e sovranazionali non fa che rafforzare la sensazione che, a dispetto delle scelte dei *conditores*, la partita

grave infermità psichica sopravvenuta, il Tribunale di sorveglianza potesse disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 della medesima disposizione.

<sup>221</sup> V. *Proposte per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie* della Commissione presieduta dal Prof. Pelissero ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 febbraio 2018, p. 18).

<sup>222</sup> C. cost., sent. n. 187/2019.

<sup>223</sup> Corte EDU, 13 giugno 2019, Viola c. Italia (2) con nota a prima lettura di SANTINI (2019).

<sup>224</sup> Cass., Sez. I, ord. 20 novembre 2018, n. 57913, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., laddove si esclude 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 in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit., possa beneficiare dei permessi premio di cui all'art. 30-*ter* ord. penit. L'udienza innanzi alla Consulta è fissata per il 22 ottobre 2019.



contro gli automatismi penitenziari sia ancora tutta da giocare.

---

## Bibliografia

ACCONCI, Elena (1994): “Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale”, *Cassazione penale*, pp. 861-867.

AMODIO, Ennio (2016): *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction* (Milano, Giuffrè).

APRATI, Roberta (2017): “Le sezioni unite fra l’esatta applicazione della legge e l’uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)”, in MARANDOLA, Antonella e BENE, Teresa (eds.): *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario (L.103/2017)* (Milano, Giuffrè), pp. 275-300.

APRILE, Ercole (2015): “Sulla incostituzionalità dell’art. 4-bis, comma 1, ord. penit.”, *Cassazione penale*, pp. 141-142.

AUGÈ, Marc (2014): “La matassa delle paure”, in BAUMAN, Zygmunt (editor): *Il demone della paura* (Roma-Bari, Laterza), pp. 51-55.

BARBERIS, Mauro (2014): “Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, pp. 559-574.

BAROSIO, Vittorio (1966): voce “Esecuzione penale”, *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), XV, pp. 489- 511.

BASILE, Tommaso, TUCCILLO, Gemma, FASSONE, Elvio (1987): *La riforma penitenziaria* (Napoli, Jovene).

BAUMAN, Zygmunt (2011): *La modernità liquida* (Roma-Bari, Laterza).

BELLOMIA, Salvatore (1980): voce “Ordinamento penitenziario”, *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), XXX, pp. 919-937.

BERTOLINO, Marta (2004): “Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1070-1114.

BETTIOL, Giuseppe (1964): *Sul problema della rieducazione del condannato* (Padova, Cedam).

BIN, Roberto (1988): *Atti normativi e norme programmatiche* (Milano, Giuffrè).

BIN, Roberto (1991): “Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3574-3582.

BIN, Roberto (1992): *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale* (Milano, Giuffrè).

BIN, Roberto (2014): *Discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”* (Milano, FrancoAngeli).

BOBBIO, Norberto (1983): voce “Legalità”, in BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco (eds.): *Dizionario di politica* (Torino, Utet), pp. 562-564.

BORTOLATO, Marcello (2017): “La libertà di ‘non collaborazione’: verso l’abolizione dell’ergastolo ostativo”, in GIOSTRA, Glauco e BRONZO, Pasquale (eds.): *Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria* (Roma, Università La Sapienza), pp. 155-159.

BORTOLATO, Marcello (2018): “Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018”, *Questione giustizia*, 3, pp. 119-128.

- BRONZO, Pasquale (2018): “La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario”, *La Legislazione penale*, pp. 1-9.
- CADOPPI, Alberto (2005): “*Civil Law e Common Law*: contrapposizione sistemica o culturale?” in CANESTRARI, Stefano e FOFFANI, Luigi (eds.): *Il diritto penale nella prospettiva europea* (Milano, Giuffrè).
- CADOPPI, Alberto (2014): *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità* (Torino, Giappichelli).
- CAFERRA, Vito Marino (1997): *Magistrato senza qualità* (Roma-Bari, Laterza).
- CALAMANDREI, Piero (1999): *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (Firenze, Ponte alle Grazie).
- CAMON, Alberto (2018): “Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura”, *Archivio penale*, 3, pp. 1-16.
- CANEVELLI, Paolo (1998): “Le novità della legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative: b) l’analisi delle singole norme”, *Diritto penale e processo*, pp. 814-822.
- CANZIO, Giovanni (2003): “Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale”, *Diritto penale e processo*, pp. 1103-1200.
- CANZIO, Giovanni (2017): “Nomofilachia e diritto giurisprudenziale”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-6.
- CAPITTA, Anna Maria (2014): “Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall’art. 4-bis, co. 1, ord. penit., ma impone la regola di giudizio”, *Archivio penale*, 3, pp. 1-19.
- CAPRIOLI, Francesco e SCOMPARIN, Laura (eds.) (2015): *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena* (Torino, Giappichelli).
- CAPRIOLI, Francesco e VICOLI, Daniele (2011): *Procedura penale dell’esecuzione* (Torino, Giappichelli).
- CARACENI, Lina (2018): “Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni”, *Diritto penale contemporaneo*.
- CARACENI, Lina e CESARI, Claudia (2015): “*sub Art. 4-bis*”, in GIOSTRA, Glauco e DELLA CASA, Franco (eds.): *Ordinamento penitenziario commentato* (Padova, Cedam), pp. 42-90.
- CARAVITA DI TORITTO, Beniamino (1994): “Le quattro fasi del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza”, in AA.VV.: *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici* (Milano, Giuffrè), pp. 245-262.
- CARNELUTTI, Francesco (1936): *Sistema di diritto processuale civile* (Padova, Cedam).
- CARNELUTTI, Francesco (1947): *Lezioni sul processo penale* (Roma, Edizioni dell’Ateneo).
- CARTABIA, Marta (2016): “Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana”, in GIORGIS, Andrea, GROSSO, Enrico, LUTHER Jörg (eds.): *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky* (Torino, Einaudi), pp. 463-475.
- CASAROLI, Guido (1994): voce “Misure alternative alla detenzione”, *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), VIII, pp. 10-53.
- CASSIBBA, Fabio (2015): “La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un’incursione sul diritto vivente”, *Archivio penale*, 1, pp. 1-7.
- CASTALDO, Mariachiara (2001): *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative* (Napoli, Jovene).

- CATALANO, Elena Maria (2008): "Prove, presunzioni e indizi", in GAITO, Alfredo (editor): *La prova penale* (Torino, Utet), I, pp. 225-263.
- CATALANO, Elena Maria (2008): voce "Prova (canoni di valutazione della)", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), Agg. IV, t. 2, pp. 787-834.
- CECANESE, Gianfederico (2005): voce "Pena (profili reali della) e benefici penitenziari", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), Agg. III, t. 2, pp. 1000-1028.
- CENTORAME, Federica (2016): *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare* (Torino, Giappichelli).
- CERRETTI, Adolfo (1992): *L'orizzonte artificiale. Problemi epistemologici della criminologia* (Padova, Cedam).
- CESARI, Claudia (2000): "Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* ord. pen.", *Cassazione penale*, pp. 2557-2571.
- CESARI, Claudia (2015): "*sub* Art. 58-*ter*", in GIOSTRA, Glaucio e DELLA CASA, Franco (eds.): *Ordinamento penitenziario commentato* (Padova, Cedam), pp. 719-732.
- CESARI, Claudia e GIOSTRA, Glaucio (2011): "*sub* Art. 4-*bis*", in GREVI, Vittorio, GIOSTRA, Glaucio e DELLA CASA, Franco (eds.): *Ordinamento penitenziario commentato* (Padova, Cedam), pp. 47-109.
- CHIAVARIO, Mario (1978): voce "Norma giuridica (dir. proc. pen.)", *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), XXVIII, pp. 411-506.
- CHIAVARIO, Mario (1984): *Processo e garanzie della persona* (Milano, Giuffrè), II.
- CHIAVARIO, Mario (1985): *Problemi attuali della libertà personale* (Milano, Giuffrè).
- COCOZZA, Vincenzo e STAIANO, Sandro (eds.) (2001): *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale: atti del Convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000* (Torino, Giappichelli).
- COMUCCI, Paola (1994): "Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata", in PRESUTTI, Adonella (editor): *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie* (Milano, Cortina), pp. 1-58.
- COMUCCI, Paola (2007): "L'esecuzione penale a carico dei minorenni: inerzie legislative e esigenze di riforma", *Cassazione penale*, pp. 4737-4751.
- COMUCCI, Paola e MEDDIS, Domenico Francesco (2009): "Divieto di trattamenti inumani o degradanti e sovraffollamento", *Criminalia*, pp. 449-471.
- COPPETTA, Maria Grazia (2010): "L'esecuzione della pena detentiva: il trattamento *intra moenia* e le misure alternative", in ID. (editor): *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne e nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano* (Milano, Giuffrè), pp. 251-294.
- CORBI, Fabrizio (1990): voce "Esecuzione penale", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), IV, pp. 286-311.
- CORBI, Fabrizio (1992): *L'esecuzione nel processo penale* (Torino, Giappichelli).
- CORDERO, Franco (1963): *Tre studi sulla prova penale* (Milano, Giuffrè).
- CORDERO, Franco (1993): *Procedura penale* (Milano, Giuffrè).
- CORVI, Paola (2010): *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata* (Padova, Cedam).
- CORVI, Paola (2013): "Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1794-1821.

CORVI, Paola (2017): “Venti di riforma sull’esecuzione penale: la delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario”, in BACCARI, Gian Marco, BONZANO, Carlo, LA REGINA, Katia, MANCUSO, Enrico Maria (eds.): *Le recenti riforme in materia penale* (Padova, Cedam), pp. 587-608.

DAL CANTO, Francesco (2015): “La riforma della responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: alla ricerca di un equilibrio difficile”, *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 405-408.

DAWSON, John Philp (1968): *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Michigan University Press).

DE BLASIS, Silvia (2017): “Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell’esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 128-159.

DE CARO, Agostino (2017): “Il ricorso per Cassazione”, in SCALFATI, Adolfo (editor): *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103* (Torino, Giappichelli), pp. 223-248.

DE FIORES, Claudio (2001): *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative* (Padova, Cedam).

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2017): “Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie”, *Diritto penale e processo*, pp. 1405-1410.

DE LUNGO, Davide (2017): *Le deleghe legislative inattuatae* (Napoli, E.S.I.).

DE VITO, Riccardo (2018): “La fine era nota: storia di una riforma minima”, *Questione giustizia*, 3, pp. 113-118.

DEAN, Giovanni (2004): *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale* (Torino, Giappichelli).

DEL COCO, Rosita, MARAFIOTI, Luca, PISANI, Nicola (eds.) (2014): *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative* (Torino, Giappichelli).

DELL’ANNO, Pierpaolo (2017): “Le tre deleghe sulla riforma processuale introdotte dalla legge n. 103 del 2017”, *Processo penale e giustizia*, pp. 1084-1096.

DELLA BELLA, Angela (2013): “Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire”, *Diritto penale contemporaneo*.

DELLA BELLA, Angela (2014): “Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014”, *Diritto penale contemporaneo*.

DELLA BELLA, Angela (2014): *Emergenza carceri e sistema penale* (Torino, Giappichelli).

DELLA BELLA, Angela (2017): “Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario”, *Diritto penale contemporaneo*, 6, pp. 250-252.

DELLA BELLA, Angela (2018): “Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario”, *Diritto penale contemporaneo*.

DELLA CASA, Franco (1994): “Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»”, in GREVI, Vittorio (editor): *L’ordinamento penitenziario fra riforme ed emergenze* (Padova, Cedam), pp. 73-150.

DELLA CASA, Franco (1998): “Democratizzazione dell’accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull’esecuzione della pena detentiva”, *La Legislazione penale*, pp. 756-763.

DELLA CASA, Franco (2010): voce “Misure alternative alla detenzione”, *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), Ann. III, pp. 816-856.

DELLA CASA, Franco (2015): “Quarant’anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della “questione penitenziaria”)”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1163-1176.

DELLA CASA, Franco (2018): “L’urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell’era della riscoperta centralità del carcere”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-10.

DELVECCHIO, Francesca (2018): “La sospensione delle pene detentive brevi per imputati minorenni: dalla crisi del paradigma rieducativo al tramonto degli automatismi legislativi”, *Diritto penale e processo*, pp. 201-217.

DI CHIARA, Giuseppe (2014): “Tutela della maternità, detenzione domiciliare speciale e divieto di concessione di benefici”, *Diritto penale e processo*, pp. 1277-1280.

DI FEDERICO, Giuseppe (1981): “Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l’indipendenza ed imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri”, in ZANOTTI, Francesca (editor): *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari* (Padova, Cedam), pp. XI-LXXVI.

DI FEDERICO, Giuseppe (2002): “L’indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 99-128.

DI GENNARO, Giuseppe, BREDI, Renato, LA GRECA, Giuseppe (1997): *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione* (Milano, Giuffrè).

DI GIOVINE, Ombretta (2011): “Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale”, in AA.Vv.: *Studi in onore di Mario Romano* (Napoli, Jovene), IV, pp. 2197-2280.

DI GIOVINE, Ombretta (2013): “Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 159-181.

DODARO, Giandomenico (2012): *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale* (Milano, Giuffrè).

DOLCINI, Emilio (1979): “La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 469-521.

DOLCINI, Emilio (2018), “A proposito di «leggi svuotacarceri»”, *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 225-230.

DOLCINI, Emilio (2018): “Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)”, *Diritto penale contemporaneo*, 7, pp. 145-150.

DOLCINI, Emilio (2018): “La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione”, *Diritto penale contemporaneo*, 2, pp. 175-181.

EUSEBI, Luciano (2009): “Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19.07.2009, Sulejmanovic c. Italia”, *Cassazione penale*, pp. 4938-4958.

FARINELLI, Erica (2017): “sub Art. 4-bis ord. penit.”, in GIARDA, Angelo e SPANGHER, Giorgio (eds.): *Codice di procedura penale commentato* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 2125-2148.

FARINELLI, Erica (2017): “Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello «speciale interesse del minore»”, *Processo penale e giustizia*, pp. 872-881.

FASSONE, Elvio (1980): *La pena detentiva in Italia dall’800 alla riforma penitenziaria* (Bologna, Il Mulino).

FERGUSON, Robert A. (2014): *Inferno. An Anatomy of American Punishment* (Cambridge, Harvard University Press).

- FERRAJOLI, Luigi (1982): "Carcere e diritti fondamentali", *Questione giustizia*, pp. 351-360.
- FERRAJOLI, Luigi (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma-Bari, Laterza).
- FERRAJOLI, Luigi (2016): "Contro la giurisprudenza creativa", *Questione giustizia*, 4, pp. 13-32.
- FERRUA, Paolo (2017): "Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando", *Diritto penale e processo*, pp. 1265-1273.
- FIANDACA, Giovanni (1991): "Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione", in BRANCA, Giuseppe e PIZZORUSSO Alessandro (eds.): *Commentario alla Costituzione* (Bologna, Zanichelli), pp. 222 ss.
- FIANDACA, Giovanni (2007): "Legalità penale e democrazia", *Quaderni fiorentini*, 36, pp. 1247-1277.
- FIANDACA, Giovanni (2008): *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti* (Napoli, E.S.I.).
- FIANDACA, Giovanni (2011): "Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale", *Criminalia*, 2011, pp. 79-98.
- FIANDACA, Giovanni (2017): "Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia", *Cassazione penale*, pp. 13-35.
- FIDELBO, Giorgio (2018): "Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto", in BARGIS, Marta e BELLUTA Hervé (eds.): *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)* (Torino, Giappichelli), pp. 115-140.
- FILIPPI, Leonardo (2014): "Adelante Pedro... con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria", *Diritto penale e processo*, pp. 377-383.
- FILIPPI, Leonardo e SPANGHER, Giorgio (2011): *Manuale di diritto penitenziario* (Milano, Giuffrè).
- FIORENTIN, Fabio (2003): "Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354", *La giustizia penale*, pp. 437-448.
- FIORENTIN, Fabio (2014): "I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-16.
- FIORENTIN, Fabio (2014): "La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri", *Diritto penale contemporaneo*.
- FIORENTIN, Fabio (2016): "La conclusione degli Stati generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-16.
- FIORENTIN, Fabio (2017): "La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria (comma 85 l. n. 103/2017)", in MARANDOLA, Antonella e BENE, Teresa (eds.): *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)* (Milano, Giuffrè), pp. 415-444.
- FIORENTIN, Fabio (2017): "La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario", in SPANGHER, Giorgio (editor): *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e ordinamento penitenziario* (Pisa, Pacini giuridica), pp. 305-324.
- FIORENTIN, Fabio (2017): "Superamento delle preclusioni ai benefici penitenziari", in GIOSTRA, Glauco e BRONZO, Pasquale (eds.): *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria* (Roma, Università La Sapienza), pp. 161-163.

- FIorentin, Fabio (2018): "Ordinamento penitenziario. La riforma incompiuta", *Il Penalista*, pp. 1-12.
- FIorentin, Fabio (2019): *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)* (Milano, Giuffrè).
- FIorentin, Fabio e FIORIO, Carlo (2019): *La riforma dell'ordinamento penitenziario* (Milano, Giuffrè).
- FIORILLI, Giovanni (2009): "Effettività della pena per i pedofili e gli autori dei reati a sfondo sessuale: obiettivo raggiunto?", *La giustizia penale*, pp. 604-607.
- FIORIO, Carlo (1992): "Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei Comitati per l'ordine e la sicurezza pubblica", *Il giusto processo*, 14-15, pp. 169 ss.
- FIORIO, Carlo (2011): "Procedimenti e provvedimenti penitenziari", in SPANGHER, Giorgio (editor): *Trattato di procedura penale* (Torino, Utet), VII, t. 1, pp. 705-758.
- FIORIO, Carlo (2013): "Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.", in BARGI, Alfredo (editor): *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia* (Torino, Giappichelli), pp. 1138-1168.
- FIORIO, Carlo (2017): "Attenuazione delle preclusioni trattamentali", in GIOSTRA, Glauco e BRONZO, Pasquale (eds.): *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria* (Roma, Università La Sapienza), pp. 170-177.
- FIORIO, Carlo (2019): "Carcere: la riforma dimezzata", *Processo penale e giustizia*, pp. 740-781.
- FLORIAN, Eugenio (1939): *Diritto processuale penale* (Torino, Utet).
- FONTI, Rossella (2017): "sub Art. 58-ter ord. penit.", in GIARDA, Angelo e SPANGHER, Giorgio (eds.): *Codice di procedura penale commentato* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 2636-2645.
- FURFARO, Sandro (2011): voce "Nomofilachia", *Digesto delle discipline penali* (Torino, Utet), Agg. VI, pp. 336-356.
- FURGIUELE, Alfonso (2017): "La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso", in SCALFATI, Adolfo (editor): *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103* (Torino, Giappichelli), pp. 325-334.
- GAITO, Alfredo e RANALDI, Gianrico (2005): *Esecuzione penale* (Milano, Giuffrè).
- GAITO, Alfredo (1992): "Il controllo sulle informazioni del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica", *Giurisprudenza italiana*, pp. 698-670.
- GALANTINI, Novella (1999): "Considerazioni sul principio di legalità processuale", *Cassazione penale*, pp. 1989-1998.
- GALLI, Carlo (2011): *Il disagio della democrazia* (Torino, Einaudi).
- GALLIANI, Davide e PUGIOTTO, Andrea (2017): "Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?", *Rivista AIC*, 4, pp. 1-56.
- GAMBARDELLA, Marco (2019): "Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione", *Cassazione penale*, pp. 44-73.
- GIALUZ, Mitja (2013): "Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali", *Processo penale e giustizia*, 6, 111-121.
- GIALUZ, Mitja, CABIALE, Andrea, DELLA TORRE, Jacopo, (2017): "Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 173-197.

GIOSTRA, Glauco e GIANFILIPPI, Fabio (2018): “Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)”, *Questione giustizia*, 3, pp. 129-132.

GIOSTRA, Glauco (2014): “I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostantive alla liberazione anticipata speciale)”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3-4, pp. 322-328.

GIOSTRA, Glauco (2014): “Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale”, *Questione giustizia*.

GIOSTRA, Glauco (2015): “Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine”, *Questione giustizia*, 2, pp. 61-65.

GIOSTRA, Glauco (2015): “Un pregiudizio ‘grave e attuale’? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-7.

GIOSTRA, Glauco (2017): “Che fine hanno fatto gli Stati generali? (Intervento al Convegno di Antigone “Che fine hanno fatto gli Stati generali?”, Roma, 10 aprile 2017)”, *Diritto penale contemporaneo*.

GIOSTRA, Glauco (2018): “La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione”, *Diritto penale contemporaneo*, 4, pp. 119-125.

GIUNCHEDI, Filippo (2015): “Esecuzione e modalità di espiazione della pena”, in ROMANO, Bartolomeo (editor): *Le associazioni di tipo mafioso* (Torino, Utet), pp. 587-609.

GONNELLA, Patrizio (editor) (2019): *La riforma dell'ordinamento penitenziario* (Torino, Giappichelli).

GORLA, Gino (1990): voce “Precedente giudiziale”, *Enciclopedia giuridica* (Roma, Treccani), XXVI, pp. 1-14.

GRANDI, Ciro (2010): *Riserva di legge e legalità penale europea* (Milano, Giuffrè).

GREVI, Vittorio (1974): “Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento dei detenuti”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 537-568.

GREVI, Vittorio (editor) (1981): *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario* (Bologna, Zanichelli).

GREVI, Vittorio (1988): “Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986, n. 663”, in ID. (editor): *L'ordinamento penitenziario* (Padova, Cedam), pp. 25 ss.

GREVI, Vittorio (1994): “Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia”, in ID. (editor): *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza* (Padova, Cedam), pp. 1-20.

GROSSO, Carlo Federico (2011): “Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)”, *Criminalia*, pp. 125-137.

GUAZZALOCA, Bruno (1995): “Criterio del “doppio binario”, utilizzo della “prezialità” e “degiurisdizionalizzazione” del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza”, in GIOSTRA, Glauco e INSOLERA, Gaetano (eds.): *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi* (Milano, Giuffrè), pp. 141-153.

ILLUMINATI, Giulio (2015): “Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1130-1162.

INSOLERA, Gaetano (2012): “Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'«epoca dei giudici»”, *Criminalia*, pp. 285-297.



IOVINO, Felice Pier Carlo (1993): "Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario", *Cassazione penale*, pp. 1247-1279.

IOVINO, Felice Pier Carlo (2014): "La liberazione anticipata speciale", in CONTI, Carlotta (editor): *Le nuove norme sulla giustizia penale: liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie* (Padova, Cedam), pp. 68-88.

KALB, Luigi (1998): "L. 27 maggio 1998, n. 165", in CONSOLO, Claudio, LUISO, Francesco Paolo, GIARDA, Angelo, SPANGHER, Giorgio (eds.): *Processo civile e processo penale. Le riforme del 1998* (Milano, Ipsoa), pp. 263-291.

KELSEN, Hans (1967): *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (Torino, Einaudi), trad. it. a cura di TREVES, Renato.

LA GRECA, Giuseppe (1995): "La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975. I) Linee generali e sviluppo", *Diritto penale e processo*, pp. 875-880.

LA GRECA, Giuseppe (1998): "Preclusioni automatiche di alternative alla detenzione: problemi di costituzionalità per adulti e per minorenni", *Il Foro italiano*, pp. 981-996.

LA GRECA, Luisa (2015): "La responsabilità civile dei magistrati. Prime riflessioni a margine della recente riforma", *Archivio penale*, 2, pp. 1-8.

LEO, Guglielmo (2013): "Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore", *Diritto penale contemporaneo*.

LEO, Guglielmo (2014): "Automatismi sanzionatori e principi costituzionali", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-10.

LEO, Guglielmo (2015): "Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa", *Diritto penale contemporaneo*.

LEO, Guglielmo (2017): "Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario", *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 321-329.

LORUSSO, Sergio (2002): *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva* (Milano, Giuffrè).

LORUSSO, Sergio (2010): "Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere", *Guida al diritto*, 35, pp. 60-64.

LORUSSO, Sergio (2011): "Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola di esperienza", *Guida al diritto*, 33-34, pp. 60-63.

LORUSSO, Sergio (2015): "Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-11.

LORUSSO, Sergio (2017): "La giustizia penale fra riforme annunciate e riforme sperate", *Processo penale e giustizia*, pp. 1-6.

LUDOVICI, Luigi (2017): "Il giudizio di cassazione dopo la c.d. riforma Orlando", in BACCARI, Gian Marco, BONZANO, Carlo, LA REGINA, Katia, MANCUSO, Enrico Maria (eds.): *Le recenti riforme in materia penale* (Padova, Cedam), pp. 427-454.

MAGARÒ, Patrizia (2000): *Delega legislativa e dialettica politico-istituzionale* (Torino, Giapichelli).

MAGGIO, Paola (2017): "La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione", *Processo penale e giustizia*, pp. 901-913.

MAGGIO, Paola (2017): "La delega in materia penitenziaria", *Archivio della nuova procedura penale*, pp. 67-81.

MANES, Vittorio (2012): “Prometeo alla consulta una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3474-3482.

MANES, Vittorio (2012): *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali* (Roma, Dike giuridica).

MANES, Vittorio (2014): “Lo “sciame dei precedenti” della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una “dottrina” sulla libertà personale nel segno del minimo sacrificio necessario”, *Diritto penale e processo*, pp. 457-468.

MANES, Vittorio (2017): “Common Law-isation del diritto penale? Trasformazioni del *nul-lum crimen* e sfide prossime future”, in AMBROSETTI, Enrico Mario (editor): *Studi in onore di M. Ronco* (Torino, Giappichelli), pp. 151-173.

MANES, Vittorio (2019): “L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale”, *Diritto penale contemporaneo*, 2, pp. 105-122.

MANNA, Adelmo (2017): “Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali”, in AMBROSETTI, Enrico Mario (editor): *Studi in onore di M. Ronco* (Torino, Giappichelli), pp. 174-186.

MANNA, Adelmo (2018): “Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)”, *Archivio penale*, 3, pp. 1-12.

MANNARINO, Nicola (2007): *Le massime d’esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione* (Padova, Cedam).

MANTOVANI, Giulia (2004): “Dalla Corte europea una legittimazione alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia”, *La Legislazione penale*, pp. 513-526.

MARANDOLA, Antonella (2009): “I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e di *stalking*”, *Diritto penale e processo*, pp. 946-972.

MARANDOLA, Antonella (2011): “Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2965-2969.

MARGALIT, Avishai (1988): *La società decente* (Milano, Guerini), trad. it. a cura di VILLANI, Andrea.

MARGARITELLI, Monica (1994): “Limitata partecipazione al fatto criminoso e accesso ai benefici penitenziari”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3208-3114.

MARGARITELLI, Monica (1995): “La politica penitenziaria della Corte costituzionale: una progressione lenta ma inesorabile”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3693-3705.

MARINELLI, Vincenzo (2002): voce “Precedente giudiziario”, *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), Agg. VI, pp. 871-912

MARZADURI, Enrico (2010): “Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile”, *La Legislazione penale*, pp. 499-508.

MARZADURI, Enrico (2011): “Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere”, *La Legislazione penale*, pp. 697-704.

MATTEI, Ugo (2014): *Il modello di common law* (Torino, Giappichelli).

MAZZA, Oliviero (2012): “Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3464-3474.

- MENGHINI, Antonia (2017): “Cade anche la preclusione di cui al comma 1 *bis* dell’art. 47 *quinquies* ord. penit.”, *Diritto penale e processo*, pp. 1047-1057.
- MILONE, Sofia (2016): “Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo. Quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è...imprevedibile?”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 8-18.
- MOCCIA, Sergio (2012): “Sulle precondizioni dell’ermeneutica giudiziale nello stato di diritto”, *Criminalia*, pp. 299-304.
- MORRONE, Andrea (2001): *Il custode della ragionevolezza* (Milano, Giuffrè).
- MOSCONI, Giuseppe (1991): “La controriforma carceraria”, *Dei delitti e delle pene*, 2, pp. 127-141.
- MUSUMECI, Carmelo e PUGIOTTO, Andrea (2016): *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo* (Napoli, E.S.I.).
- NEPPI MODONA, Guido (1995): voce “Ordinamento penitenziario”, *Digesto delle discipline penali* (Torino, Utet), IX, pp. 41-64.
- NESPOLI, Guglielmo (1979): “Status detentivo e difesa degli interessi legittimi”, *La Giustizia penale*, pp. 321-327.
- NESPOLI, Guglielmo (2000): “Riflessioni sulle posizioni soggettive nel rapporto di esecuzione”, *La Giustizia penale*, pp. 445-450.
- NOBILI, Massimo (1969): “Nuove polemiche sulle cosiddette «massime d’esperienza»”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 123-193.
- PACE, Leonardo (2014): “Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale”, *Gruppo di Pisa*, 3, pp. 1-53.
- PACE, Leonardo (2014): “La “scure della flessibilità” colpisce un’altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all’art. 4-*bis* dell’ordinamento penitenziario”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3948-3956.
- PACE, Leonardo (2015): “L’art. 4-*bis* dell’ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell’insicurezza sociale»”, *Costituzionalismo.it*, 2, pp. 1-43.
- PADOVANI, Tullio (2018): “La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma”, *Archivio penale*, 3, pp. 1-11.
- PALAZZO, Francesco (2007): “Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale”, *Quaderni fiorentini*, 36, pp. 1279- 1329.
- PALIERO, Carlo Enrico (2006): “La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 467-568.
- PALIERO, Carlo Enrico, VIGANÒ, Francesco, BASILE, Fabio, GATTA, Gian Luigi (eds.) (2018): *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (Milano, Giuffrè).
- PANEBIANCO, Angelo (2004): *Il potere, lo Stato, la libertà* (Bologna, Il Mulino).
- PAVARINI, Massimo (2006): “*The spaghetti incapacitation*. La nuova disciplina della recidiva”, in INSOLERA, Gaetano (editor): *La legislazione penale compulsiva* (Padova, Cedam), pp. 3-25.
- PELISSERO, Marco (2018): “Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1359-1374.

PETRINI, Davide (2003): "Il regime di "carcere duro" diventa definitivo. Commento articolo per articolo alla l. 23.12.2002 n. 279 – Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario", *La Legislazione penale*, pp. 229-259.

PINO, Giorgio (2014): "L'insostenibile leggerezza della legalità penale", *Criminalia*, pp. 167-183.

PINO, Giorgio (2014): *Interpretazione e "crisi" delle fonti* (Modena, Mucchi).

PINTUS, Maria Gabriella (2010): "L'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni tra lacune legislative e interventi della Corte costituzionale", *La Giustizia penale*, pp. 203-201.

PISANI, Nicola (2018): "Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre", *Cassazione penale*, pp. 3589-3592.

PITTARO, Paolo (1999): "La sanzione penale come realtà giuridica in divenire", in PRESUTTI, Adonella (editor): *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* (Padova, Cedam), pp. 251-268

PITTARO, Paolo (2000): "Ordinamento penitenziario e condannati minorenni: inerzie legislative ed interventi della Consulta", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1069-1081.

PIZZINI, Pompeo (2004): "Garanzie costituzionali e ordinamento penitenziario: legittimo il trattamento previsto per la criminalità mafiosa?", *Rivista penale*, pp. 771-774.

PRESUTTI, Adonella (1994): "Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale", in ID. (editor): *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie* (Milano, Cortina), pp. 59-96.

PRESUTTI, Adonella (1996): voce "Esecuzione penale", *Enciclopedia giuridica* (Roma, Treccani), Agg. V, pp. 1-14.

PUGIOTTO, Andrea (2014): "Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-27.

PUGIOTTO, Andrea (2015): "Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-24.

PUGIOTTO, Andrea (2018): "Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149 /2018)", *Osservatorio AIC*, 3, pp.405-416.

PULITANÒ, Domenico (2013): "Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali", *Diritto penale contemporaneo*.

PULITANÒ, Domenico (2015): "Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 29-58.

RANDAZZO, Ettore, MAZZUCCATO, Claudia, PAVARINI, Massimo (2013): "Opinioni a confronto: sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione penale", *Criminalia*, pp. 459-500.

RODOTÀ, Stefano (2015): *Il diritto di avere diritti* (Roma-Bari, Laterza).

ROMBOLI, Roberto (2015): "Una riforma necessaria o una riforma punitiva?", *Foro italiano*, 5, pp. 346-352.

RONCO, Mauro (2005): "Il significato retributivo-rieducativo della pena", *Diritto penale e processo*, pp. 137-145.

RORDORF, Renato (2006): "Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano", *Foro italiano*, 9, pp. 279-286.

RORDORF, Renato (2016): "Editoriale", *Questione giustizia*, 4, pp. 4-6.

RUARO, Massimo (2018): “Riforma dell’ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria”, *Diritto penale contemporaneo*.

RUOTOLO, Marco (2005): “Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana”, *Diritto e società*, pp. 51-74.

RUOTOLO, Marco (2015): “Obiettivo carcere: Guardando al futuro (con un occhio al passato)”, *Questione giustizia*, 2, pp. 56-60.

SALAZAR, Carmela (2000): “«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su peccati e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle omissioni incostituzionali”, in RUGGIERI, Antonio e SILVESTRI, Gaetano (eds.): *Corte costituzionale e Parlamento* (Milano, Giuffrè), pp. 253-279.

SAMMARCO, Angelo Alessandro (1994): “La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 871-907.

SANDULLI, Aldo (1975): “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale”, *Diritto e società*, pp. 561-577.

SANTINI, Serena (2019): “Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana”, *Diritto penale contemporaneo*.

SANTORIELLO, Ciro (2000): “Verso la totale autonomia di un diritto penitenziario per i minorenni”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 548-550.

SANTORO, Arturo (1953): *L'esecuzione penale* (Torino, Utet).

SCACCIA, Gino (2000): *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale* (Milano, Giuffrè).

SCALFATI, Adolfo (editor) (2017): *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103* (Torino, Giappichelli).

SCHAUER, Frederick (2000): *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana* (Bologna, Il Mulino).

SCHAUER, Frederick (2008): *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia* (Bologna, Il Mulino).

SCOMPARIN, Laura (2011): “Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3729-3741.

SIGISMONDI, Alessandro (1966): “Pene pecuniarie e funzione rieducativa”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 146-155.

SIRACUSANO, Fabrizio (2014): “Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell’infanzia: primi passi verso l’erosione degli automatismi preclusivi penitenziari”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3940-3948.

SIRACUSANO, Fabrizio (2017): “Modifiche all’art. 4-bis ord. penit.”, in GIOSTRA, Glauco e BRONZO, Pasquale (eds.): *Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria* (Roma, Università La Sapienza), pp. 189-192.

SIRACUSANO, Fabrizio (2018): “Dalla Corte costituzionale un colpo “ben assestato” agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1787-1797.

SMITH, Munroe (1909): *Jurisprudence* (New York, Columbia University Press).

- SPANGHER, Giorgio (2016): “La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 1, pp. 88-101.
- SPANGHER, Giorgio (2018): “Nomofilachia “rinforzata”: serve trasparenza”, *Diritto penale e processo*, pp. 985-986.
- SPRICIGO, Biancamaria (2014): “La “riflessione critica sul reato” e l’automatismo ostativo dell’art. 4-bis O.P.”, *Criminalia*, pp. 619-641.
- TABASCO, Giuseppe (2015): “La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale”, *Archivio penale*, 3, pp. 1-19.
- TABASCO, Giuseppe (2018): *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi* (Pisa, Pacini giuridica).
- TARUFFO, Michele (1979): *Studi sulla rilevanza della prova* (Padova, Cedam).
- TARUFFO, Michele (2001): “Senso comune, esperienza e scienza del ragionamento del giudice”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 665-695.
- TARUFFO, Michele (2009): “Considerazioni sulle massime d’esperienza”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 551-569.
- TARUFFO, Michele (2010): “Precedente e giurisprudenza”, in MEZZETTI, Luca e FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (eds.): *Diritto processuale costituzionale* (Padova, Cedam), pp. 497 ss.
- TESAURO, Alessandro (2012): “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”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 4909-4947.
- TONINI, Paolo (2010): “La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere”, *Diritto penale e processo*, pp. 949-954.
- TRIBISNONNA, Francesca (2019): “La disciplina per l’esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità”, *Processo penale e giustizia*, pp. 717-739.
- UBERTIS, Giulio (1979): *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* (Milano, Giuffrè).
- VALENTINO, Maria Vittoria (2015): “Esclusioni ‘eccellenti’ in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-27.
- VALIA, Domenico (1999): “I diritti del recluso tra legge 354/1975, Costituzione e Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2-3, pp. 1-64.
- VARANO, Vincenzo e BARSOTTI, Vittoria (2018): *La tradizione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto civil law common law* (Torino, Giappichelli).
- VASSALLI, Giuliano (1942): *La potestà punitiva* (Torino, Utet).
- VASSALLI, Giuliano (1961): “Funzioni e insufficienze della pena”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 310 ss.
- VASSALLI, Giuliano (1982): “Il dibattito sulla rieducazione”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3-4, pp. 437-482.
- VIGANÒ, Francesco (2013): “Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno”, *Diritto penale contemporaneo*.

VIGANÒ, Francesco (2016): “Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale”, in PALIERO, Carlo Enrico (editor): *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* (Napoli, E.S.I.), pp. 213-268.

VOGLIOTTI, Massimo (2015): “Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna”, *Quaderni fiorentini*, 44, pp. 131-181.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1975): “La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali”, *Rivista di diritto processuale*, pp. 416-453.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1988): *La giustizia costituzionale* (Bologna, Il Mulino).

ZAGREBELSKY, Gustavo e MARCENO, Valeria (2012): *Giustizia costituzionale* (Bologna, Il Mulino).

ZANON, Nicolò (2012): “Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale”, *Criminalia*, pp. 315-327.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>