

La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità

Marco Cerase **

(5 febbraio 2020)

Sommario: 1. Sintesi della pronuncia – 2. Le reazioni favorevoli – 3. Ragioni di un dissenso.

1. Sintesi della pronuncia.

Depositata il 4 dicembre 2019, la sentenza della Corte costituzionale n. 253 rende motivazione della declaratoria d'illegittimità dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, laddove esso esclude(va) taluni benefici della reclusione per i condannati per una serie di specifici reati.

Più in particolare, la questione concerneva l'automatismo previsto dalla legge per cui, in mancanza della collaborazione ex art. 58-*ter* del medesimo o.p., in nessun caso l'esclusione poteva essere superata, presumendosi in via assoluta che il detenuto condannato per reati di mafia non avesse reciso i collegamenti con l'associazione di appartenenza.

La sentenza è resa in esito all'udienza del 22 ottobre ed è – per come si apprende dalla stampa quotidiana - adottata dopo una lunga camera di consiglio e col margine più ristretto (8 giudici a 7). Il parametro di costituzionalità invocato era il combinato disposto degli art. 3, primo comma (*sub specie* della ragionevolezza) e 27, terzo comma.

La Corte – per la penna del relatore Zanon – emana una sentenza di accoglimento, riversando sulle spalle dei giudici di sorveglianza l'unica cautela che ritiene di adottare.

Dichiara illegittima la norma risultante dalle citate disposizioni ove non consentivano di elargire i benefici nei casi in cui sia dimostrato che – a

prescindere dal “pentimento”¹ - i legami con il *clan* mafioso siano stati recisi e che manchi il pericolo futuro che essi siano ricostituiti. “Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima” chiarisce la Corte (v. punto 8 del *Considerato in diritto*) ma la sua assolutezza. Non è “irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l’organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda – prosegue la Corte - che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria”.

La Corte costituzionale afferma che è ammissibile la presunzione semplice di non aver troncato i rapporti con l’associazione mafiosa di provenienza in mancanza di un pentimento collaborativo; non quella assoluta.

L’impossibilità di offrire una prova contraria è – secondo la Corte – irragionevole e in contrasto con l’ispirazione rieducativa del sistema delle pene. Dice la sentenza, che la collisione con i principi costituzionali si avrebbe sotto tre aspetti. Per un verso, l’assolutezza della presunzione porterebbe alla confusione di obiettivi, quelli investigativi e di sicurezza collettiva, da un lato, e quelli rieducativi propri dell’esecuzione della pena, dall’altro; per altro verso, la presunzione assoluta di mancato distacco dall’organizzazione mafiosa senza collaborazione non consentirebbe di valutare il percorso risocializzante del reo; e, da ultimo, l’assolutezza si baserebbe “su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza”.

¹ In realtà, già l’art. 4-*bis*, come la stessa Corte dà atto, al comma 1-*bis* «estende la possibilità di accesso ai benefici ai casi in cui un’utile collaborazione con la giustizia risulti inesigibile, per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna, ovvero impossibile, per l’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con la sentenza irrevocabile; nonché ai casi in cui la collaborazione offerta dal condannato si riveli «oggettivamente irrilevante», sempre che, in questa evenienza, sia stata applicata al condannato taluna delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, numero 6), 114 o 116 cod. pen. In tutte le ipotesi dianzi indicate occorre, peraltro, che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (punto 7.1. del *Considerato in diritto*).

2. Le reazioni favorevoli.

La pronuncia (come era prevedibile) è stata salutata con esultanza dalla comunità forense, sul cui quotidiano sono apparsi numerosi commenti entusiastici². Si sono pronunziati a favore, anche qui assai prevedibilmente, Valerio Onida³ (che aveva patrocinato per il ricorrente nella causa innanzi alla Corte EDU Viola 2 c. Italia del 13 giugno 2019, divenuta definitiva pochi giorni prima dell'udienza innanzi alla Corte costituzionale) e una fetta dell'opinione pubblica progressista⁴.

Questi riscontri trovano la loro scaturigine nell'ideologia della rieducazione, la quale ha molti sostenitori.

In una consistente parte della dottrina italiana, si è fatta strada l'idea che chi finisce in prigione sia perciò stesso meritevole di particolare attenzione e merito sociale.

A partire da Luigi Ferrajoli, secondo cui sarebbe addirittura errata la dicitura "rieducazione del condannato" nel terzo comma dell'art. 27, poiché presupporrebbe un concetto di normalità sociale cui ricondurre il detenuto, in chiave chiaramente oppressiva⁵, si arriva alla filosofia scettica, agnostica e – in definitiva – apertamente abolizionista di Massimo Pavarini⁶, Livio Ferrari⁷ e

² V. per esempio, D. ALIPRANDI, *Alt all'ergastolo ostativo: "Permessi anche ai boss"*, nel *Dubbio* 24 ottobre 2019, pag. 2; e l'intervista a Sergio D'Elia, sul medesimo quotidiano, "Questa sentenza apre una breccia nel muro del fine pena ma", 24 ottobre 2019, pag. 3; e V. VECELLIO, *Cari manettari, finché vale la Costituzione la pena non è vendetta e il fine è rieducare*, *ivi*, 26 ottobre 2019, pag. 15.

³ V. l'intervista a Onida, "Senza spiragli di libertà l'ergastolo ostativo è fuori dalla Costituzione", nel *Dubbio*, 5 novembre 2019, pag. 1; e poi ancora il suo intervento *L'ergastolo ai mafiosi: dietro quella scelta*, nel *Corriere della sera*, 7 novembre 2019, pag. 34. Più cauto ma ugualmente favorevole M. CHIAVARIO, *Cadono automatismi ingiusti, non l'argine alle mafie*, in *Avvenire*, 5 novembre 2019, pag. 3.

⁴ V. per esempio P. GONNELLA, *Consulta, una sentenza a garanzia di tutti. Anche dell'antimafia*, nel *Manifesto*, 24 ottobre 2019, pag. 1; e V. VERINI, *L'alta Corte ha espresso un principio di civiltà*, nel *Dubbio*, 25 ottobre 2019, pag. 5. V. già E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Sellerio, Palermo 2015.

⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza 1989, pag. 748.

⁶ Tra i molti scritti di Pavarini, forse particolarmente significativi a questo fine sono la nota critica di premessa a B. GUZZALOCA e M. PAVARINI, *L'esecuzione penale*, volume della *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di F. Bricola e V. Zagrebelski, Utet, Torino 1995, pag. XIII ss.; "Farla finita in carcere" e il limite storico-culturale della pena privativa della libertà, in *Critica del diritto*, 2009, pag. 252; e la prefazione a L. FERRARI, *No prison (ovvero il fallimento del carcere)*, Rubettino, Soveria Manelli 2015, pag. 8. V. anche pag. 25 ss. per il *Manifesto No prison*, scritto congiuntamente all'autore L. Ferrari.

⁷ V. L. FERRARI, *No prison*, cit.

Gherardo Colombo⁸. Né mancano autorevoli cultori della scienza costituzionale che sono fautori di questa impostazione⁹.

Per questi autori, il momento esecutivo della pena dovrebbe ritenersi completamente sganciato da quello della cognizione. Efficacemente, Pavarini parla dell'acquisita frattura tra giudicato penale ed esecuzione¹⁰. La finalità rieducativa insita nella Costituzione avrebbe il senso di cancellare i valori e gli interessi collettivi protetti dal sistema penale, inteso come prevenzione e repressione di fatti antiggiuridici, e si proietterebbe verso l'unico obiettivo di tutelare la dignità del condannato, facendogli superare lo iato intrinseco dovuto all'essere recluso in un ordinamento separato quale il carcere¹¹.

La sentenza n. 253 viene dunque considerata da questo vasto schieramento, ispirato ora da schiette convinzioni ideali e dottrinali ora meno, come un passo verso un più genuino rispetto del dettato costituzionale, verso l'umanizzazione del nostro diritto e verso il superamento delle tradizionali idee generalpreventive e retributive sulla leva penale.

3. Ragioni di un dissenso.

Pare, viceversa, che non sia proprio così.

⁸ V. G. COLOMBO, *Sulle regole*, Feltrinelli, Milano 2008, pag. 76 ss. Nell'ambito di una riflessione – peraltro - in larga parte condivisibile, Colombo prende atto (sulla base dell'esperienza personale di magistrato, pluridecennale e assai intensa) della diffusa illegalità nel nostro Paese. Egli passa allora a distinguere tra società verticale e società orizzontale, l'una caratterizzata da una gerarchia sociale che conserva rapporti di forza ingiusti e forieri di diritti conculcati; l'altra connotata da spazi di libertà e giustizia che giovano all'emancipazione umana perché riconosce a ciascuno la stessa dignità. La società orizzontale sarebbe quella concepita dalla Costituzione repubblicana, il cui spirito però è drammaticamente tradito nella realtà. In questo contesto, la sanzione penale detentiva sarebbe espressione della società verticale, in cui le classi dominanti hanno bisogno di retribuire il male con il male. "La pena è funzionale – scrive Colombo – all'organizzazione gerarchica della società, a dividere e a marcare la separazione tra chi deve emanciparsi e chi deve essere scartato" (v. pag. 80). V. anche l'intervista di Colombo a V. Piccolillo, *Il fine pena mai è incostituzionale. Il giudice decida sugli ergastolani*, in *Corriere della sera*, 7 ottobre 2019, pag. 15.

⁹ V. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino 2002. V. anche A. PUGIOTTO (con C. Musumeci), *Gli ergastolani senza scampo: fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, ESI, Napoli 2016.

¹⁰ B. GUAZZALOCA e M. PAVARINI, *L'esecuzione penale*, cit. pag. XIV.

¹¹ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, cit., pag. 20. Sulla stessa linea v. anche L. EUSEBI, voce *Pena criminale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano 2006, vol. V, pag. 4194.

L'ideologia della rieducazione è di per sé discutibile; e la sentenza incorre in diversi errori di prospettiva.

a. *La rieducazione non è un valore assoluto.*

Cominciando dal primo aspetto, non è vero che il sistema penale italiano sia sordo al dettato dell'art. 27, terzo comma. La retorica della "Costituzione mutilata" a motivo dell'esistenza dell'ergastolo e dei reati ostativi deve essere fermamente respinta.

Non soltanto il nostro Paese ha conosciuto la lunga e feconda stagione riformistica che va dall'ordinamento penitenziario del 1975 fino alla legge c.d. Gozzini (la n. 663 del 1986); ma la stessa Corte costituzionale ha già da tempo confezionato un *acquis* ampio e articolato¹². Basterà qui ricordare alcune pronunzie particolarmente pregnanti degli ultimi 40 anni.

Con la sentenza n. 50 del 1980 ha riaffermato come l'art. 27, terzo comma, contenga il principio dell'individualizzazione della pena, strumento di sofisticazione del sistema penale in chiave di risposta ragionata e proporzionata a ciascun caso di devianza (punto 3 del *Considerato in diritto*; concetti, peraltro, ben presenti alla scienza penale italiana dall'epoca prefascista).

Con la sentenza n. 274 del 1983, la Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 54 dell'ordinamento penitenziario laddove escludeva gli ergastolani dalla c.d. riduzione di pena, vale a dire il meccanismo di considerare scontati 20 giorni in più ogni semestre di pena effettivamente scontata. Ciò al fine del calcolo dei 28 anni (ora 26) che l'art. 176 c.p. pone come limite temporale minimo per consentire al detenuto perpetuo di accedere alla liberazione anticipata (si badi che in questo caso i parametri posti a base della pronunzia erano i medesimi della sentenza qui in commento, 3 e 27, terzo comma).

È poi con la sentenza n. 313 del 1990, sul patteggiamento ex art. 444 c.p.p. (nella parte in cui esso precludeva al giudice di operare una valutazione della congruità

¹² Per un panorama sul punto v. M. D'AMICO, *sub art. 27*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Utet, Torino 2006, vol. I, pag. 572 ss. e G. FILIPPETTA, *Legalità delle pene e dei reati e giusto processo*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Giappichelli, Torino 2006, vol. II, pag. 606.

della pena concordata tra le parti), che la Corte ha abbracciato esplicitamente un'idea della rieducazione che pervada tutto il sistema, senza limitarla al solo momento esecutivo. Afferma la Corte che "l'esperienza successiva ha, infatti, dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba "tendere" a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo "tendere" vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione: com'è dimostrato dall'istituto che fa corrispondere benefici di decurtazione della pena ogni qualvolta, e nei limiti temporali, in cui quell'adesione concretamente si manifesti (liberazione anticipata). Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto" (punto 8 del *Considerato in diritto*).

Il radicalismo *soi disant* garantista e filo-rieducativo trascura, dunque, che già il nostro ordinamento si adegua all'art. 27, terzo comma. Tuttavia, il lessico delle pronunzie citate (e di altre sull'argomento) non è perentorio né ideologico. Viene sempre concesso al legislatore un margine di discrezionalità valutativa (v. in particolare le sentenze citate n. 50 del 1980 e n. 274 del 1983, la quale dichiara inammissibile una seconda questione riferita all'art. 50 della legge n. 354 del 1975) e si fa riferimento sempre alla specificità dei casi e alle necessità rieducative del reo.

Ma c'è di più.

Come tutti i diritti e i valori incastonati nella Carta costituzionale, anche il principio rieducativo della pena convive con gli altri. Ogni interesse individuale e collettivo deve essere conciliato e bilanciato con gli altri.

I sostenitori dell'abolizionismo e gli scettici del carcere dovrebbero, dunque, spiegare le ragioni per cui la pretesa "violenza di Stato" sarebbe peggiore di quella inflitta alle comunità locali dalle cosche mafiose; e i motivi per i quali – per

esempio - le stragi di Capaci e via D'Amelio, le migliaia di morti fatti lungo l'arco di decenni e il monopolio sul traffico di stupefacenti detenuto dalle mafie sarebbero incidenti storici sfortunati ma tollerabili mentre la reclusione dei condannati sarebbe la manifestazione evidente di un'arretratezza civile.

Del resto, la stessa Corte è ben conscia che la sicurezza pubblica e la tutela dell'integrità fisica delle persone – minacciati indiscutibilmente dai capi mafia reclusi nei nostri penitenziari - è un valore altrettanto meritevole.

Anche qui basteranno alcuni esempi. Già con la sentenza n. 27 del 1959 la Corte aveva dichiarato infondate questioni sulle misure di prevenzione in nome della protezione dell'ordine e della sicurezza pubblica. Con la sentenza n. 65 del 1970 la Corte costituzionale aveva affermato che "la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione, trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema".

Tra le meno risalenti, la sentenza n. 305 del 1996 - in cui veniva contestata la previsione dell'arresto per il mancato soccorso stradale - nel punto 3 del *Considerato in diritto* - afferma condivisibilmente: "Per quanto concerne l'art. 189, comma 6, del codice della strada, anche se l'arresto viene in esso previsto con riferimento a un reato la cui pena edittale è minore di quella stabilita con previsione generale dall'art. 381, comma 1, c.p.p., la scelta compiuta appare non irragionevole. Rientra infatti nella *discrezionalità del legislatore* (corsivo di chi scrive) prevedere la possibilità di un intervento immediato nei confronti di chi si sia dato alla fuga, abbia abbandonato le vittime di incidenti stradali a lui riconducibili ed abbia messo in pericolo la sicurezza individuale e collettiva".

Nella sentenza n. 236 del 2004, nello spiegare la riserva statale della materia, si afferma che essa "sta presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza, legalità che il mancato o l'illegittimo esercizio delle competenze attribuite, nei precedenti artt. 117 e 118, agli enti sub-statali, potrebbe lasciare insoddisfatte o pregiudicare gravemente".

Proprio a proposito dei reati di mafia, l'ordinanza n. 450 del 1995 ha dichiarato manifestamente infondata la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per gli indiziati di associazione mafiosa, perché "la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (delimitazione mantenuta nella recente novella) rende manifesta la non irragionevolezza dell'*esercizio della discrezionalità legislativa* (corsivo ancora di chi scrive), atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato".

In definitiva, la narrazione dottrinale e forense per cui la rieducazione sarebbe, al contempo, una promessa costituzionale tradita e un bastione che si staglia in termini assoluti e vincolanti su ogni strategia legislativa è falsa.

b. La ratio delle fattispecie ostative mafiose.

Le mafie italiane (e, oggi, anche quelle straniere operanti in vari Paesi dell'Europa e del mondo) hanno caratteristiche particolari, che sarebbe tanto lungo quanto forse superfluo qui riepilogare¹³.

Quando la sentenza qui in commento fa – nell'ambito della sua ricostruzione diacronica - un fugace riferimento alle stragi del maggio-luglio 1992 a Palermo mostra, per un verso, di dare per scontato quello che invece dovrebbe essere ripetuto allo sfinimento, vale a dire la natura feroce e irrimediabilmente distruttiva per l'intera collettività delle associazioni mafiose; e, per l'altro, di svilire l'apporto

¹³ È sufficiente qui rinviare alla relazione finale della Commissione d'inchiesta sulle mafie della XVII legislatura, approvata l'8 febbraio 2018 (doc. XXIII, n. 38, relatrice Rosy Bindi). Di particolare significato appare un brano di pag. 25: "Insomma se le organizzazioni tradizionali vanno in crisi, il *metodo mafioso* riscuote invece un grande successo. O, meglio, se è vero che si restringe il consenso culturale alle mafie, si allarga lo spazio e le potenzialità del metodo mafioso in altri settori della società, e si allargano le loro relazioni. Le mafie sono a proprio agio nel moderno perché esso *ha inglobato permanentemente la violenza come accesso a potere e ricchezza*, altrimenti non si spiega perché *strutture arcaiche restano in vita in società moderne*. Le mafie non sono in conflitto con la modernità della politica e dell'economia. L'impressione è che oggi il mondo economico è il più esposto alle mafie, è quello "più ben ospitante", al pari di quello politico, e molto di più della società nel suo insieme. Le mafie sono adattamento della *violenza di relazione* a condizioni storiche mutate, un adattamento non soggettivo ma stimolato dal contesto (corsivi di chi scrive)".

esperienziale di Falcone e Borsellino, che ha consegnato alla storia del Paese conquiste epocali sul piano investigativo e preventivo-repressivo¹⁴.

Quando la legge italiana preclude ai mafiosi i benefici del trattamento penitenziario è perché assume un dato mai (vale la pena sottolineare, *mai*) smentito del connotato organico, familistico e dinastico delle associazioni mafiose, tale per cui l'adesione a una cosca mafiosa è una scelta di vita irreversibile¹⁵.

Per questo il condannato detenuto non è mai abbandonato a se stesso. Che rivesta una posizione di vertice nella nomenclatura o che abbia un grado (nella 'ndrangheta si chiama *dote*), intermedio avrà sempre parenti, agnati o luogotenenti che saranno in attesa delle sue indicazioni, riscuoteranno il pizzo per pagare le parcelle dei suoi avvocati e – in definitiva – gli riconosceranno il ruolo che aveva quando era libero. Pericoli possono venire solo da altri *clan* o altre famiglie.

Ed è sempre per questo che chi - con la collaborazione di giustizia – rompe il giuramento di affiliazione viene assoggettato a sicura vendetta diretta (sin troppo facile è ricordare, per tutti, i casi di Leonardo Vitale nel 1984 e di Lea Garofalo, uccisa e bruciata nel 2009) o trasversale (si ricordino, anche qui solo per tuziorismo esemplificativo, i casi Buscetta e Di Matteo).

Del resto, non è un caso – per esempio – che molti dei figli e nipoti degli storici *boss* mafiosi degli anni 80 e 90 siano anch'essi stati condannati per gli stessi reati, perché l'educazione familiare ha sempre la stessa impronta di prepotenza, sopraffazione e omertà. E non si parla solo dei noti casi siciliani o della provincia campana: la più recente casistica romana, tra il quadrante sud-est e Ostia, sta drammaticamente a confermarlo.

¹⁴ Se ne mostra ben consapevole già la Commissione d'inchiesta sulla mafia dell'XI legislatura, nella relazione sulle risultanze del *Forum* del 5 febbraio 1993 (approvata il 9 marzo 1993, relatore Massimo Brutti, doc. XXIII, n. 1, pag. 14).

¹⁵ Questo elemento è confermato indefettibilmente in centinaia d'inchieste e processi. Per una sintesi v. già S. LODATO, *Quindici anni di mafia*, Rizzoli, Milano 1994, pag. 29. V. anche l'intervista a Maria Falcone, *Passo indietro. Così si vanifica la battaglia di chi è morto per fermare i clan*, nella *Repubblica* 24 ottobre 2019, pag. 6, la quale rammenta le dichiarazioni di Buscetta rese al fratello: "Dall'organizzazione si esce solo in due modi, con la morte o con la collaborazione".

È quindi fuori dalla realtà pensare che la delinquenza mafiosa possa seguire i percorsi rieducativi di cui discorre la dottrina sinora citata¹⁶. I benefici detentivi sono - agli occhi di questo genere di criminalità - solo la manifestazione del cedimento dello Stato. Ed è per questo che Falcone e Borsellino avevano stabilito che uno e uno solo potesse essere il sintomo della rieducazione: la collaborazione.

I contributi conoscitivi alle indagini dei c.d. pentiti non sono, evidentemente, oro colato. Sottostanno alle regole dell'art. 192 c.p.p. e a tutte le verifiche di credibilità intrinseca ed estrinseca, su cui è ampia la giurisprudenza di legittimità. Ma questo è un ragionamento distinto. Il solo fatto di collaborare è un affronto per i mafiosi e questo – nell'esperienza di Falcone, Borsellino e di tutti i magistrati e le forze dell'ordine che si sono seriamente confrontate con la lotta alla mafia – è indice sufficiente (ma anche necessario) per attestare una reale resipiscenza. Questo perché espone il collaborante a un tale pericolo¹⁷, che si deve presumere che egli abbia intrapreso un percorso di riavvicinamento ai valori della civile convivenza.

Ragionamento ancora diverso è dato dalla circostanza dei collaboranti che ritrattano; oppure di quelli che, dopo vari anni dal pentimento, tornano a delinquere: ma questo starebbe a rafforzare la tesi di Falcone e non a indebolirla (nel senso che il pentimento potrebbe essere elemento sempre necessario a rivelare il distacco dall'organizzazione criminale ma talora non sufficiente).

¹⁶ Val la pena al riguardo ricordare che, pur dopo 20 anni di percorso trattamentale – con tanto di socialità mirata – Totò Riina tornò a dare l'ordine di uccidere il magistrato Di Matteo. Del resto, presso il tribunale dei minori di Reggio Calabria sono molti ormai i procedimenti civili di interdizione dalla potestà genitoriale agli esponenti di 'ndrangheta e affidamento dei minori a famiglie o comunità (v. tra i vari, per esempio, il decreto dell'8 marzo 2016, estensore Di Bella; v. anche R. DI BELLA (con Monica Zappelli), *Liberi di scegliere. La battaglia di un giudice minorile per liberare i ragazzi della 'ndrangheta*, Rizzoli, Milano 2019; l'inchiesta del cronista Giovanni Tizian, *Non crescerai mafioso. I minori tolti alla mafia*, sull'*Espresso* del 14 gennaio 2016 e le riflessioni di G. VANNONI, *L'interesse del minore. Il cuore delle motivazioni della recente giurisprudenza del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria*, in *Questione giustizia* 2017).

¹⁷ Tanto ciò è vero che la stessa sentenza *Viola 2* – pur in tutta la sua natura contraddittoria – ritiene che la regola dell'art. 4-bis o.p. costituisca un ricatto implicito, che consiste nella scelta penalmente inesigibile tra il "pentimento", che esporrebbe il detenuto alla vendetta, e il silenzio che lo priverebbe della prospettiva della liberazione (v. nn. 117 e 118 della sentenza). La Corte EDU ammette – quindi - che le mafie non perdonano, facendo proprio il bagaglio sapienziale delle investigazioni antimafia e delle vendette c.d. trasversali sui familiari dei collaboratori di giustizia.

In definitiva, la legge italiana richiede(va) a questo specifico tipo di condannati un percorso obbligato sulla via della risocializzazione.

I motivi di questa scelta legislativa discrezionale stavano (e stanno ancora) in dati di esperienza inoppugnabili e si radicano in un bilanciamento d'interessi pienamente rispondente alla stessa giurisprudenza della Corte, che ha individuato nella tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica un valore di basilare importanza.

La sentenza n. 306 del 1993 – citata a più riprese da quella in commento – aveva chiaramente affermato che tra le finalità della minaccia di una pena e della sua esecuzione, quella di deterrenza e di retribuzione, da un lato, e quella di individualizzazione e di rieducazione, dall'altro, non possono stabilirsi gerarchie *a priori*. Quella sentenza, quindi, aveva dichiarato giustamente infondate le doglianze sul regime dei reati ostativi, salvo il caso della revoca retroattiva dei benefici già concessi, anche quando non fosse accertata la sussistenza di collegamenti attuali con l'associazione di provenienza.

Né può essere dimenticato che – proprio in punto di tendenza rieducativa – la sentenza n. 364 del 1988 ha scolpito un doppio dovere: quello dello Stato a rendere conoscibili i precetti penali, affinché la loro eventuale violazione possa dirsi pienamente attribuibile a consociati consapevoli, rispetto ai quali abbia senso parlare di rieducazione; e quello dei consociati ad adoperarsi con diligenza a partecipare a una più corretta conoscenza dei precetti e della relativa osservanza¹⁸. Pretendere da una specifica categoria di delinquenti un onere aggiuntivo di solidarietà è – pertanto - del tutto in linea con il dettato costituzionale.

c. I pericoli della rinuncia ai reati ostativi.

¹⁸ V. il punto 18 del *Considerato in diritto*: “A questo fine incombono sul privato, preliminarmente, strumentali, specifici doveri d'informazione e conoscenza: ed è a causa del non adempimento di tali doveri che è costituzionalmente consentito chiamare a rispondere anche chi ignora la legge penale. Gli indicati doveri d'informazione, di conoscenza ecc. costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost. La Costituzione richiede dai singoli soggetti la massima, costante tensione ai fini del rispetto degli interessi dell'"altrui" persona umana: ed è per la violazione di questo impegno di solidarietà sociale che la stessa Costituzione chiama a rispondere penalmente anche chi lede tali interessi, non conoscendone positivamente la tutela giuridica”.

Non è dunque – neanche questa – una sorpresa se la stragrande maggioranza dei magistrati impegnati in prima linea nella lotta alla mafia si siano pronunciati criticamente sulla sentenza¹⁹ e così abbia fatto anche il Ministro della giustizia²⁰. Diversi sono gli arretramenti che si rischiano, abbracciando la linea possibilista della Corte costituzionale.

Anzitutto, si potrebbe avere una riduzione dei volumi delle collaborazioni. È evidente che il sistema d'incastro tra artt. 4-*bis*, 30-*ter* e 58-*ter* o.p. costituisce un incentivo a collaborare. Togliendo la natura ostativa ai reati di mafia si svuota di appetibilità la strada del “pentimento” in soggetti già poco inclini al distacco da un sistema ordinamentale – quale quello delle mafie – molto ben strutturato e rigidamente osservato.

In secondo luogo, v'è l'immediato pericolo che i soggetti condannati, che dovessero guadagnare i benefici extra-murari, potrebbero tornare a rivestire e a esercitare il ruolo che avevano. Il solo fatto di uscire dal carcere potrà rappresentare – agli occhi delle comunità locali di riferimento – l'ennesima prova della loro autorevolezza e invincibilità.

Infine, ma non per ultimo, la sentenza n. 253 porta una preoccupazione, ben sottolineata sulla stampa quotidiana dai più attenti commentatori: quello della “normalizzazione” delle mafie. Queste ultime – in sostanza – non sarebbero un fattore criminale diverso e più minaccioso degli altri, meritevole di speciale attenzione legislativa; sarebbero una devianza come un'altra, che può essere “trattata” (è il caso di dire) alla stregua di qualsiasi altro reato. Potrebbe affacciarsi

¹⁹ Sia pure con più preciso riferimento alla sentenza della Corte EDU *Viola 2*, v. l'intervista di V. Piccolillo a Franco Roberti, *Cancellato un caposaldo del sistema Falcone*, nel *Corriere della sera*, 9 ottobre 2019, pag. 11; N. GRATTERI, *Buttiamo 150 anni di antimafia. Così non parla nessuno*, nel *Fatto quotidiano*, 9 ottobre 2019, pag. 3; l'intervista di L. Milella, *Il pm Tartaglia: senza carcere duro avremo meno pentiti*, nella *Repubblica*, 9 ottobre 2019, pag. 9. Con diretto riferimento alla sentenza n. 253, l'intervista di F. Fiano a Giancarlo Caselli, *Così c'è l'alto rischio che riprendano le loro attività criminali*, in *Corriere della sera*, 24 ottobre 2019, pag. 11.

²⁰ V. il servizio di C. Guasco, *Ergastolo duro, l'Italia bocciata dalla Corte europea. Bonafede: non ci stiamo*, nel *Messaggero*, 9 ottobre 2019, pag. 6; e ancora E. MARTINI, *Ergastolo, Bonafede: L'Italia ha autonomia politica*, sul *Manifesto* 10 ottobre 2019, pag. 5.

una nuova egemonia culturale²¹, per cui l'eccezionalità mafiosa sarebbe superata, che potrebbe costare al nostro Paese un prezzo assai alto.

Né è persuasivo – in contrario – l'argomento per cui la decisione sulla concessione dei benefici non è automatica a sua volta ma rimessa all'apprezzamento del giudice di sorveglianza.

Questa sorta di passaggio dal “governo della legge” (*sub specie* di presunzione assoluta) al “governo degli uomini” (*sub specie* di presunzione relativa) è precisamente ciò che Falcone e Borsellino intendevano evitare, sia per mettere al riparo le persone dei magistrati di sorveglianza dal fardello di affrontare da soli l'intrinseca intimidazione delle istanze di questo tipo di detenuti; sia per chiudere loro il varco costituito dall'inevitabile varietà di indirizzi giurisprudenziali²² cui le decisioni sul metro di giudizio circa il distacco dall'organizzazione mafiosa potrebbe dar luogo.

** Consigliere parlamentare e dottore di ricerca

²¹ V. P. BORROMETI e altri, *Negare le mafie: una subcultura che pagheremo*, nel *Fatto quotidiano*, 31 ottobre 2019, pag. 13; e A. MASCALI, *Sebastiano Ardita. Permessi ai boss, necessaria una nuova legge*, nel *Fatto quotidiano*, 12 dicembre 2019, pag. 15.

²² V. l'interessante riflessione di F. VANORIO, *Giustizia autorevole e benefici penitenziari*, in *Repubblica* – cronaca di Napoli, 5 novembre 2019, pag. 17, in cui – accanto all'invito a leggere la sentenza n. 253 con equilibrio - tuttavia non si disconosce il rischio di errori giudiziari sul punto dell'invocato distacco dall'organizzazione mafiosa misurato su un terreno diverso dal pentimento. Analogamente, v. l'intervista di L. Del Gaudio al ministro dell'interno, Luciana Lamorgese, *Camorra, boss dissociati per avere sconti di pena*, sul *Mattino*, 16 dicembre 2019, pag. 9.