

**IL DIFFICILE CONNUBIO
TRA FUNZIONE RIEDUCATIVI DELLA PENA
E BENEFICI PENITENZIARI A FAVORE DEI PENTITI**

CORRADA DI MARTINO*

1. Premessa. – 2. Analisi criminologica della previsione dei benefici penitenziari riservati ai collaboratori di giustizia: il disposto del 1° co., primo periodo, e del 3° co. *bis* dell'art. 4-*bis*. – 3. Le previsioni contenute nel secondo e nel terzo periodo del 1° co. dell'art. 4-*bis* o.p. – 4. Le innovazioni della l. 45/2001 e in particolare l'art. 16 *nonies*

1. Premessa

Tre sono le proposizioni che ci viene di formulare tutte le volte che ci fermiamo a riflettere sul fenomeno del pentitismo, le prime due così strettamente avvinte da poter essere fuse in una sola: i pentiti sono un male necessario, ove il giudizio (negativo) di valore espresso dal termine "male" proviene da larga parte dell'opinione pubblica (che non si può e non si deve ignorare), la quale ha guardato con diffidenza all'apporto dei pentiti e all'uso (ritenuto spregiudicato) che di essi ha talvolta fatto la magistratura.⁽¹⁾

Ma, ammesso che i collaboratori di giustizia (così, com'è noto, vengono anche denominati i pentiti, forse con un cedimento semantico alla percepita voglia di purezza del ruolo da costoro svolto nel procedimento penale?) siano un male, non si può negarne l'imprescindibilità nello svolgimento di determinate indagini (ecco la seconda proposizione: i pentiti sono

* Università di Catania.

⁽¹⁾ Il "sentimento di rigetto" dell'opinione pubblica nei confronti del pentitismo è segnalato, fra gli altri; da P.L. VIGNA-R. ALFONSO, *Lineamenti della legge sui collaboratori di giustizia*, in AA. VV., *Giusto processo: nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001, p.108 s. Ma si vedano pure le notazioni di A. BERNASCONI, *I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell'ordinamento italiano e nell'esperienza statunitense*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di A. PRESUTTI, Milano, 1994, p. 189.

necessari). E per convincersene basta porre mente all'impermeabilità *all'esterno* dell'organizzazione mafiosa; in altre parole, i normali (e tradizionali) mezzi investigativi si rivelano armi spuntate nelle mani di chi si accinge a indagare su questa o quella "famiglia" o, ancora più in generale, sull'organizzazione in quanto tale. Anche le stesse indagini patrimoniali, che tanto frutto hanno portato, sono ben poca cosa, se, *dall'interno*, non viene fornito l'*input* circa la direzione che esse devono prendere.

E la terza proposizione? La paternità di essa va attribuita al Procuratore della Repubblica di Palermo, il quale, durante un'intervista televisiva, ha dichiarato che ormai non si pente (*rectius*: non collabora) più nessuno. Le cause sono state indicate dallo stesso procuratore in un mutato atteggiamento da parte di "cosa nostra", la quale, resasi conto che le vendette trasversali sui pentiti le alienavano la "simpatia" dell'opinione pubblica, che mal sopporta uccisioni di donne e bambini, ha ormai assunto un atteggiamento, per così dire, materno e protettivo nei confronti dei propri affiliati in stato di custodia cautelare o già condannati. Essa, cioè, li rassicura circa il benessere dei familiari rimasti "fuori", sì da surrogare, almeno per costoro, i benefici assicurati dal programma di protezione. Altrimenti detto: pentirsi (*rectius*: collaborare) conviene sempre meno.

E questo ci porta a fare un'altra riflessione. Sono, probabilmente, finiti i tempi in cui un affiliato a cosa nostra si pentiva (*rectius*: si decideva a collaborare) perché disgustato dai metodi adoperati dall'organizzazione e disilluso circa le effettive finalità di essa; oggi l'atteggiamento collaborativo è da ascrivere, nella maggior parte dei casi, alla volontà di lucrare i benefici connessi allo *status* di pentito, primi fra tutti quelli penitenziari. Se così non fosse, quella strategia protettiva inaugurata da cosa nostra e cui si è appena accennato non sortirebbe i segnalati risultati.

2. *Analisi criminologica della previsione dei benefici penitenziari riservati ai collaboratori di giustizia: il disposto del 1° co., primo periodo, e del 3° co. bis dell'art. 4-bis*

I benefici, appunto; in questa parola stanno l'inizio e la fine di un'analisi criminologica delle misure di favore, previste dall'ordinamento penitenziario per i c.d. pentiti, di un'analisi,

cioè, volta ad appurare la rispondenza di esse alla funzione principe della pena (quella rieducativa di cui al 3° co. dell'art. 27 Cost.), ma che non tralasci di saggiarle anche alla luce delle altre finalità della sanzione penale.

In questa prospettiva, è emblematico, tanto per cominciare, che il termine *de quo* non trovi cittadinanza nell'ordinamento penitenziario se non nell'art. 4-*bis*, che riguarda proprio i collaboranti; il che sembrerebbe dirla lunga sull'intenzione del legislatore di abbandonare la visione originaria della l. 354 del 1975, legata alla coppia misura alternativa alla detenzione/progressione nel cammino trattamentale, per approdare, almeno per talune categorie di detenuti e di internati, all'altra, antitetica, misura alternativa alla detenzione/servizio prestato all'amministrazione della giustizia.⁽²⁾

L'esegesi dell'art. 4-*bis*, nelle sue varie previsioni, va effettuata sulla scorta del criterio della polifunzionalità della pena, per discernere se il cambiamento di rotta della norma sia frutto di un'impressione ovvero risponda a una precisa e reale opzione del legislatore. Nel primo caso, l'uso della parola "benefici" sarebbe un semplice espediente semantico per indicare riassuntivamente gli istituti elencati nel 1° co., primo periodo, senza ripeterli uno per uno, mentre nel secondo tale uso sarebbe effettivamente il segno di una precisa scelta di campo tendente a privilegiare la funzione generalpreventiva della pena a scapito di quella specialpreventiva.

«Fermo quanto stabilito dall'articolo 13-*ter* del decreto legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni nella legge 15 marzo 1991, n. 82 – così esordiva (ma, in realtà, continua, seppure inutilmente per quanto si vedrà appresso, a esordire) il 1° co. dell'art. 4-*bis* o.p. – l'assegnazione del lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative previste

(2) In argomento cfr. A. PRESUTTI, "Alternative" al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale, in AA. VV., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 65, la quale segnala come già la l. 663 del 1986 (c.d. legge Gozzini) aveva operato uno sbilanciamento «a favore di condotte del condannato consumate in ambito extrapenitenziario e assunte a indici valutativi della sua personalità, in sostituzione dei risultati della osservazione e del trattamento in istituto, in sede di concessione di talune misure alternative» e A. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 203 s., che così sottolinea la differenza fra la c.d. legge Gozzini e la l. n. 356 del 1992, cui si deve il testo dell'art. 4-*bis* che ci accingiamo a esaminare: «...nella legge del 1986 si valutava la propensione alla disciplina, oggi la disponibilità alla delazione» (p. 204).

dal capo VI della legge 26 luglio 1975, n. 354, fatta eccezione per la liberazione anticipata, possono essere concessi a detenuti e internati per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo nonché per i delitti di cui agli articoli 416-*bis* e 630 del codice penale, 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n.43 e all'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborano con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter*».

Previsione, questa appena riportata, cui è possibile accostare, per i motivi che saranno esplicitati da qui a un momento, quella contenuta nel 3° co. *bis* dell'art. 4-*bis*, ai sensi del quale i "benefici" di cui si è detto non possono essere concessi ai detenuti e internati per un delitto doloso quando la procura (nazionale o distrettuale) antimafia comunichi l'attualità di collegamenti del soggetto richiedente con la criminalità organizzata.

Nell'un caso e nell'altro alla prestata collaborazione è subordinato l'accesso ai benefici penitenziari: nel primo, per l'operatività di un divieto esplicito (quello racchiuso nel primo periodo del 1° co. dell'art. 4-*bis*); nel secondo, per il limite implicito costituito dall'informativa del Procuratore nazionale antimafia.⁽³⁾

Si dirà: ma, nel 3° co.-*bis* non c'è traccia della nozione di collaborazione. E' vero, com'è stato però acutamente rilevato, «a meno di attribuire a questa previsione una efficacia preclusiva incontrollata, si deve riconoscere che ad essa spetta un ruolo di cerniera, vale a dire di norma riferibile a quei condannati la cui pericolosità sociale, pur non potendo essere desunta dal titolo del reato commesso, sia ricavabile dal mantenimento di collegamenti con un sodalizio criminoso. A questa stregua, la omessa previsione esplicita di uno spazio operativo per la eventuale collaborazione prestata dal condannato si rivela del tutto ininfluyente. L'identità di *ratio* che accomuna questa alle altre due situazioni racchiuse nell'art. 4 *bis* comma 1 o.p., come giustifi-

⁽³⁾ Nota in proposito F.P.C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p.1265: « Stando alla lettera della legge, l'informativa costituisce una sorta di prova legale nell'ambito del potere di valutazione del giudice, al quale è sottratto qualsiasi margine di autonomo apprezzamento sull'effettiva sussistenza delle condizioni previste per la concessione dei benefici».

ca che ad essa sia stato esteso un analogo divieto per la concessione dei benefici, così autorizza a ritenere sottinteso che alla sua rimozione giovi, in ogni caso, l'atteggiamento collaborativo assunto dal condannato. Per il suo significato di frattura del vincolo associativo, una simile condotta inibisce, in sostanza, la stessa possibilità di una informativa di segno contrario da parte dell'organo dell'accusa riaprendo il discorso sulla applicazione dei benefici davanti alla magistratura di sorveglianza».⁽⁴⁾

Si dirà ancora: la collaborazione non costituisce sempre la chiave per aprire le porte del carcere a detenuti che, altrimenti, non potrebbero godere di alcuna via d'uscita, tant'è che dalla previsione ostativa contenuta nel 1° co., primo periodo, dell'art. 4-*bis* è espressamente esclusa la liberazione anticipata⁽⁵⁾ e da quella di cui al 3° co. *bis* si è trascurato di eccezionare la liberazione condizionale.⁽⁶⁾ Anche questo è vero; ma, se si riflette

⁽⁴⁾ Così A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 85.

⁽⁵⁾ Come ha infatti ritenuto Corte cost. 8 luglio 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2466 con note di C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la «collaborazione» come presupposto per i benefici* e di M. MARGARITELLI, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, che l'inciso "fatta eccezione per la liberazione anticipata", contenuto nel primo periodo del 1° co dell'art. 4-*bis* o.p. «sia volto ad escludere l'applicabilità alla liberazione anticipata della disposizione limitativa in cui esso è inserito lo si deduce non solo dal dato letterale, ma soprattutto dai lavori preparatori, univocamente contrassegnati dall'intento di mitigare il rigore della norma originaria del decreto legge (...). Sarebbe stato ben strano del resto che in un testo legislativo in cui ad accentuate restrizioni nei confronti di condannati per reati di criminalità organizzata si accompagnano misure di marcato favore (...) nei confronti di quanti collaborano con la giustizia, venisse introdotta per costoro una limitazione incisiva quale l'esclusione della liberazione anticipata» (in motiv., p. 2490).

⁽⁶⁾ Si deve rammentare che l'art. 2 l. n. 203 del 1991, volendo estendere anche alla liberazione condizionale le medesime restrizioni riguardanti i "benefici" previsti dall'ordinamento penitenziario, richiama la disciplina dettata dai commi 2 e 3 dell'art. 4-*bis* di esso. Sennonché la l. n. 356 del 1992 non ha esteso il predetto rinvio al nuovo 3° co. *bis* dell'art. 4-*bis* e, poiché questo si riferisce espressamente solo all'ammissione del lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative di cui al capo VI del titolo I della l. n. 354 del 1975, ecco che dalla previsione di tale comma risulta esclusa la liberazione condizionale. Il rilievo è comune in dottrina; si v., per tutti, A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 89 nt. 62. Nota, però, E. BERTOLOTTO, *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. n. 306/92: configurabilità di un potere di veto o di una mera collaborazione a fini probatori?*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2389 che l'omissione è indolore, dal momento che quanti mantengono ancora collegamenti con la criminalità organizzata difficilmente possono ritenersi ravveduti ai sensi e per gli effetti degli artt. 176-177 c.p.

attentamente, ci si rende subito conto che queste aperture anziché contribuire ad assolvere la normativa in oggetto dall'accusa di incostituzionalità per violazione dell'art. 27, 3° co., Cost., al contrario ne gettano le basi per una condanna definitiva.

Ed infatti, il condannato, ritenuto pericoloso per definizione, mentre può accedere a istituti risocializzativi (liberazione anticipata e liberazione condizionale), se ha partecipato con successo al trattamento rieducativo, a prescindere dalla circostanza che abbia o meno collaborato con la giustizia, non può fruire degli "altri" benefici penitenziari se quella collaborazione non abbia prestato, a prescindere dal percorso favorevole del cammino trattamentale approntato per lui all'interno dell'istituzione carceraria.

Da qui a concludere che entrambe le fattispecie prese in esame, sia pure con modalità differenti, «fagocitano il finalismo rieducativo della pena asservendolo all'obiettivo della lotta investigativa alla criminalità organizzata»,⁽⁷⁾ il passo è breve.

3. *Le previsioni contenute nel secondo e nel terzo periodo del 1° co. dell'art. 4-bis o.p.*

E veniamo alle previsioni contenute nel secondo e nel terzo periodo del 1° co. dell'art. 4-bis.

La prima⁽⁸⁾ costituisce la più clamorosa smentita della giustificazione addotta per negare l'eccentricità della collaborazione investigativa rispetto alla filosofia di fondo che è possibile

⁽⁷⁾ A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 91.

⁽⁸⁾ Per comodità del lettore si riporta il testo della disposizione in esame. «Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei predetti delitti (sc. quelli indicati nel 1° co. primo periodo dell'art. 4-bis o.p.), ai quali sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dagli articoli 62, numero 6, anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, o 114 del codice penale, ovvero la disposizione dell'articolo 116, secondo comma dello stesso codice, i benefici suddetti possono essere concessi anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata».

La previsione crea più d'una perplessità. A parte quelle relative alla prova di cui si dirà in seguito (v. *infra* nt. 11), è stato, ad es., notato che la sentenza di condanna non può contenere l'applicazione dell'attenuante di cui al n. 6 dell'art. 62 c.p.. qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sua pronuncia. Si è allora suggerito di interpretare la norma nel senso che essa attribuisce rilievo a quei comportamenti che, se tenuti prima dell'emissione della sentenza di condanna, avrebbero legittimato il riconoscimento all'interno di essa dell'attenuante in parola. Cfr. M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2002, p. 471.

cogliere nell'ordinamento penitenziario. Tale collaborazione – si è addotto – integra l'unica condotta che concretamente dimostra l'avvenuta emenda del condannato.⁽⁹⁾ Ma, se questa giustificazione reggesse, che senso avrebbe prevedere che, di fronte a una collaborazione irrilevante o impossibile,⁽¹⁰⁾ occorre pure l'acquisizione di elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata?⁽¹¹⁾ In altri termini, se il legislatore ha mostrato di credere nell'equazione collaborazione investigativa = raggiunta emenda, il solo fatto della collaborazione dovrebbe essere sufficiente a consentire l'accesso ai benefici penitenziari, essendo ininfluyente a tale fine la circostanza che la detta collaborazione abbia o meno concretamente aiutato l'attività degli inquirenti.

Ad aggravare il paradosso ha, involontariamente, contribuito la Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare costituzionalmente illegittima la norma *de qua*, nella parte in cui non prevedeva che i benefici menzionati nel primo periodo del 1° co. dell'art. 4-*bis* potessero essere concessi anche a coloro per i quali la collaborazione fosse comportamento inesigibile, stante la loro limitata partecipazione al fatto⁽¹²⁾ o l'integrale accertamento dei fatti o della responsabilità avvenuto nella sen-

⁽⁹⁾ Come può leggersi nella Relazione del ministro Guardasigilli alla legge di conversione del decreto legge n. 306 del 1992, ricordata da Corte cost. 8 luglio 1993, n. 306, cit., in motiv., p. 2496.

⁽¹⁰⁾ L'equiparazione della collaborazione impossibile a quella irrilevante è stata effettuata dalle sentenze della Corte cost. nn. 306 del 1993, cit., 357 del 1994 e 68 del 1995, alle quali sarà dedicato più ampio spazio appresso.

⁽¹¹⁾ La prova del requisito in questione è stata definita diabolica, dal momento che è compito estremamente gravoso fornire la dimostrazione di qualcosa che non esiste. V. F.P.C. IOVINO, *op. cit.*, p. 1264; A. A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria (Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4-bis e 58-ter l. 26 luglio 1975, n. 354)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 903. Analogo rilievo può leggersi in Corte cost. 8 luglio 1993, n. 306, cit., in motivazione, p. 2496. Di «un'evidente inversione dell'onere della prova» parlano, invece, M. CANEPA-S. MERLO, *op. cit.*, p. 470.

⁽¹²⁾ Cfr. Corte cost. 27 luglio 1994 n. 357, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2920, che ha appunto dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4-*bis*, 1° co., secondo periodo, o. p., nella parte in cui escludeva che i benefici di cui al primo periodo dello stesso comma potessero essere concessi anche nel caso in cui una limitata partecipazione al fatto, accertata nella sentenza di condanna, rendesse impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

tenza di condanna,⁽¹³⁾ ha nella sostanza cancellato l'unico presupposto a valenza asseritivamente emendativa, finendo per agganciare l'accesso ai detti benefici unicamente alla raggiunta certezza circa l'esclusione di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

La terza e ultima delle ipotesi racchiuse nel 1° co. dell'art. 4-*bis* abbraccia fattispecie di reato che, a giudizio del legislatore, destano minore allarme sociale:⁽¹⁴⁾ l'ammissione ai noti benefici è qui consentita salvo che il pubblico ministero dimostri che esistano elementi⁽¹⁵⁾ tali da fare ritenere

⁽¹³⁾ Si v., in proposito, Corte cost. 1 marzo 1995, n. 68, in *Giur. cost.*, 1995, p. 625, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4-*bis*, 1° co., secondo periodo, o.p., nella parte in cui non prevedeva che i benefici di cui al primo periodo dello stesso comma potessero essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e della responsabilità operato con la sentenza di condanna passata in giudicato rendesse impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre anche questa volta fossero acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

⁽¹⁴⁾ Si tratta dei reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, ovvero di quelli di cui agli artt. 575, 628, 3° co., 629, 2° co., c. p., 291-*ter* del testo unico approvato con d. P. R. 23 gennaio 1973, n. 43, 416 realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I e dagli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*. 609-*octies* c. p. e 73 limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80, 2° co. d.P.R. n. 309 del 1990. Dai quali, come precisano G. GIOSTRA- C. CESARI, sub art. 4-*bis*, in V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, Padova, 2000, p. 43 si desume un grado di pericolosità "qualificato", ma non gravissimo; per un medesimo ordine di idee si v., pure, P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, 1998, p. 305.

⁽¹⁵⁾ Merita di essere ricordato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la previsione in esame risulta integrata anche in presenza di meri indizi, non richiedendo la norma prove inconfutabili. « Tale assunto trova conforto - si è precisato - nella stessa formulazione letterale della norma *de qua*, la quale non fa cenno alcuno alle prove - e, per la verità, neppure agli indizi - ma usa il generico termine "elementi", il che sta a significare che per il legislatore è sufficiente qualsiasi circostanza di fatto dalla quale i predetti collegamenti possano essere logicamente desunti. Infatti, quello in esame non è un giudizio di cognizione al termine del quale deve essere emessa una pronuncia di condanna o di assoluzione, bensì un procedimento di sorveglianza volto a verificare l'opportunità di un parziale reinserimento del soggetto nella società, previo apprezzamento della sua pericolosità». (Cass., sez. I, 24 settembre 1992, PAPALIA, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1651. In termini analoghi si v., pure, Cass., sez. I, 2 marzo 1993, p. m. in proc. D'ANGELO, *ivi*, 1994, p. 1069).

la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.⁽¹⁶⁾

La norma è la meno eccentrica rispetto al sistema penitenziario "ordinario",⁽¹⁷⁾ in quanto per la sua operatività non richiede affatto l'avvenuta collaborazione,⁽¹⁸⁾ che rileva soltanto ai fini dell'abbattimento dei maggiori limiti di pena espiata secondo quanto dispone il 1° co. dell'art. 58-ter o. p., e riconsegna integro alla magistratura di sorveglianza il potere di valutare i progressi fatti dal richiedente lungo il cammino trattamentale. Se un appunto le si può muovere, riguarda la mancata previsione degli effetti positivi ricollegabili a una collaborazione irrilevante o impossibile; ma si tratta di un ostacolo facilmente superabile grazie al ricorso a una, non interdetta, applicazione analogica.⁽¹⁹⁾

Esaurita, così, l'analisi delle varie ipotesi previste dall'art. 4-bis, è possibile sciogliere la riserva iniziale circa la loro compatibilità con il precetto costituzionale di cui al 3° co. dell'art. 27 Cost. La nostra idea in proposito traspare inequivocabilmente da ciò che abbiamo fin qui argomentato; a nostro avviso, il disinteresse mostrato dal legislatore per i progressi fatti dal condannato sulla via del reinserimento e, in definitiva, per la funzione rieducativa della pena, non può essere più palese e il contrasto con la Costituzione più eclatante.⁽²⁰⁾

Anche per altro aspetto la disposizione costituzionale in argomento risulta tuttavia violata. E bene lo ha messo in evidenza la Consulta, che, non molto tempo dopo l'entrata in

⁽¹⁶⁾ Nota F. P. C. IOVINO, *op. cit.*, p. 1264 s. come, a differenza dell'ipotesi precedente, nella quale l'insufficienza della prova negativa si ritorce a carico del condannato, , in quella adesso in esame l'assenza di una prova precisa e circostanziata sull'attualità dei rapporti dell'interessato con la criminalità organizzata o eversiva, ovvero la presenza di una prova insufficiente fa venire meno la condizione ostativa alla concessione dei benefici menzionati dall'art. 4-bis o.p.

⁽¹⁷⁾ Non pare superfluo ricordare come l'idea portante della normativa dettata dall'art. 4-bis o. p. sia riconducibile al c. d. doppio binario. Cfr, G. GIOSTRA - C. CESARI, *op. cit.*, p. 44 e bibliografia ivi citata; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 186 s.

⁽¹⁸⁾ Come sottolinea A. A. SAMMARCO, *op. cit.*, p. 903.

⁽¹⁹⁾ Il suggerimento è di A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 88 s.

⁽²⁰⁾ Ma anche - come ricorda M. MARGARITELLI, *op. cit.*, p. 2517 - con gli impegni assunti dall'Italia a livello internazionale che impongono un regime penitenziario in cui il trattamento dei detenuti abbia come fine essenziale il ravvedimento e la riabilitazione sociale (art. 10 § 3 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

vigore della l. n. 356 del 1992, pur non spingendosi a una declaratoria di illegittimità costituzionale del predetto art. 4-*bis* o. p., ebbe cura di precisare: «Va ... ribadito, ..., che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quelle di prevenzione generale e di difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e di retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (...). Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata». Per un verso, infatti, il perseguimento della finalità rieducativa – che la norma costituzionale addita come tendenziale sol perché prende atto «della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione» (sent. n. 313 del 1990) – non può condurre a superare «la durata dell'afflittività insita nella pena detentiva determinata nella sentenza di condanna» (sent. n. 282 del 1989). Per altro verso, il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da «autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativi espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena» (sent. n. 313 del 1990 cit.).

Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione delle finalità rieducative della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di «tipi di autore» per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere espediente perseguita.⁽²¹⁾

Alla luce di queste, certamente condivisibili, affermazioni, si comprende allora agevolmente come l'utilizzo del termine "benefici", lungi dall'essere un espediente semantico a valenza meramente riassuntiva, assume, invece, un preciso signi-

⁽²¹⁾ Corte cost. 8 luglio 1993, n. 306, cit., in motiv., p. 2491 s.

ficato: le misure *lato sensu* alternative alla detenzione, sganciate dai progressi fatti dal condannato nel suo percorso socio-riabilitativo, finiscono per diventare delle semplici vie di uscita dal carcere, dei benefici, appunto.⁽²²⁾

4. *Le innovazioni della l. 45/2001 e in particolare l'art. 16 nonies*

In questo scenario irrompe la l. n. 45 del 13 febbraio 2001, che, allo scopo di eliminare le critiche connesse al trattamento indulgenziale riservato ai collaboratori di giustizia, ha, per taluni di essi, introdotto una disciplina di accesso ai "benefici" che sembra più marcatamente ispirata alla funzione rieducativa e specialpreventiva della pena. Ancora una volta, sarà l'esame dell'art. 16-*nonies* del d. l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, introdotto dall'art. 14 l. n. 45 del 2001, cit., a dirci se il legislatore abbia fatto centro ovvero se le modifiche apportate nulla abbiano mutato nella sostanza.

In primo luogo, si deve avvertire che le norme premiali di cui si dirà sostituiscono bensì quelle contenute nell'art. 13-*ter* del predetto decreto legge (esplicitamente abrogato), il cui richiamo ad apertura dell'art. 4-*bis* o. p. è, come si diceva, ormai inutile, ma si affiancano a quelle racchiuse in tale ultima disposizione, salve alcune precisazioni.⁽²³⁾

In secondo luogo, l'art. 16-*nonies* circoscrive la categoria dei soggetti cui esso si riferisce ai condannati per un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale o per uno dei delitti di cui all'art. 51, 3° co. *bis*, c. p.p. E qui la prima sorpresa, perché, l'elenco delle fattispecie di cui alla norma del codice di procedura penale è esattamente sovrapponibile a quello contenuto nell'art. 4-*bis*, 1° co., primo periodo, o.p. Sia ben chiaro, non si vuole qui disconoscere che l'introdotta limitazione segni un marcato progresso rispetto all'abrogato art. 13-*ter*, che si riferiva genericamente (ed eccessivamente) a tutti i delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 380 c.p.p.). Si vuole solo

⁽²²⁾ Per queste considerazioni v. A. PRESUTTI, *op. cit.*, p.83.

⁽²³⁾ Un utile quadro sinottico dei benefici concedibili ai pentiti e dei presupposti per la loro fruibilità è fornito da M. CANEPA- S. MERLO, *op. cit.*, p. 498 ss.

segnalare una *défaillance* del legislatore che, sul piano della tecnica normativa meglio avrebbe fatto a richiamarsi ai delitti menzionati nel 1° co., primo periodo dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, aggiungendovi, se del caso, i reati ever-sivi. Il riferimento a una norma diversa nella fonte, ma identica nel contenuto ingenera solo confusione e, quel che è peggio, falsi convincimenti.

Ancora, perché i predetti soggetti possano essere interessati dalla normativa che stiamo illustrando, bisogna che costoro, anche dopo la condanna, tengano talune delle condotte collaborative integranti le circostanze attenuanti contemplate dal codice penale o da disposizioni speciali. Vale a dire, presumibilmente e ragionevolmente, taluna delle condotte ipotizzate dagli artt. 289-*bis* e 630 c.p., 8 d.l. n. 152 del 1991, di cui peraltro costituisce riproduzione testuale l'art. 58-*ter* o.p., e 6 d.l. n. 8 del 1991 nella veste da ultimo assunta.

Ora, se ci fermassimo a questo punto, avremmo già individuato due punti di sovrapposizione tra gli artt. 4-*bis* e 16-*nonies* e potremmo legittimamente continuare a chiederci perché mai il legislatore del 2001 sia ricorso a una tecnica normativa così bizzarra, anziché fare riferimento *sic et simpliciter* alle disposizioni preesistenti. Ma, se proseguiamo nella lettura dell'art. 16-*nonies*, ci rendiamo subito conto che è l'entità della collaborazione richiesta a fare la differenza. Infatti: a) se essa riguarda fatti diversi da quelli per cui è intervenuta condanna, i benefici di cui appresso potranno essere concessi in deroga alle disposizioni ordinarie, solo se sia già intervenuta sentenza di primo grado concernente i fatti oggetto della collaborazione medesima che ne confermi i requisiti di cui al 3° co. dell'art. 9 della l. n. 45 del 2001 in commento⁽²⁴⁾ (si tratta di una collaborazione per così dire qualificata); b) se essa riguarda gli stessi fatti per cui è intervenuta la sentenza di condanna, ai fini della concessione in deroga dei benefici *de quibus*, la magistratura di sorveglian-

(24) Il quale così, in proposito, dispone: « ... La collaborazione e le dichiarazioni predette devono avere carattere di intrinseca attendibilità. Devono altresì avere carattere di novità o di completezza o per altri elementi devono apparire di notevole importanza per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali, le dotazioni di armi, esplosivi o beni, le articolazioni e i collegamenti interni o internazionali delle organizzazioni criminali di tipo mafioso o terroristico-eversivo o sugli obiettivi, le finalità e le modalità operative di dette organizzazioni».

za, alla valutazione di una serie di elementi dei quali si dirà dovrà accompagnare l'acquisizione del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione disciplinato dal precedente art. 16-*quater*, il cui 1° comma esige contributi informativi che vanno ben al di là, per quantità e qualità, di quelli di cui si accontenta l'art. 58-*ter* o.p.

Dall'analisi fin qui condotta emerge in definitiva che il legislatore, sebbene nel 1° comma dell'art. 16-*nonies* sembri accontentarsi di una collaborazione mirante a facilitare la ricostruzione dell'organigramma dei gruppi criminali nonché a facilitare la cattura degli affiliati, richieda, in realtà, degli apporti conoscitivi "più corposi", tali, cioè, da permettere anche l'individuazione delle fonti di reddito, dei collegamenti interni o internazionali e degli scopi dell'organizzazione.⁽²⁵⁾

Una norma incoerente, allora? Forse, salvo a non volere pensare che la collaborazione qualificata sia richiesta unicamente allorché si vogliano concedere i benefici in deroga ovvero allorché il contributo informativo del pentito riguardi delitti diversi da quelli per cui egli è stato condannato, mentre negli altri casi sia bastevole una collaborazione "semplice". Ma, neanche questa via si rivela praticabile, perché, se così fosse, da un lato, non si capirebbe l'utilità del 1° co. dell'art. 16-*nonies* rispetto all'art. 4-*bis*, 1° co. primo periodo o.p., data la quasi perfetta identità dei presupposti voluti dalle due norme, e, dall'altro, rimarrebbe privo di spiegazione l'esordio del 4° co. dell'art. 16-*nonies* stesso, ove, proprio ai fini della concessione dei benefici in deroga, è scritto che il magistrato o il tribunale di sorveglianza «se ritiene che sussistano i presupposti di cui al comma 1 ...».

Va da sé che non è neppure il caso di parlare di collaborazione irrilevante o impossibile e ciò non solo e non tanto perché di essa non esiste menzione nella legge, quanto soprattutto perché il precitato 4° comma dell'art. 16-*nonies* ne esige l'importanza.

Con un apparente *revirement* verso la specialprevenzione e un conseguente "cedimento" alla funzione rieducativa della pena è prevista l'insufficienza della mera collaborazione, sia pure "qualificata", richiedendosi in più l'accertamento del rav-

⁽²⁵⁾ Sicché, in definitiva, colgono nel segno M. CANEPA - S. MERLO, *op. cit.*, p. 493, quando affermano che la collaborazione richiesta dall'art. 16-*nonies* in commento è quella che abbiamo definito qualificata di cui all'art. 9.

vedimento del collaborante (unitamente all'assenza di elementi tali da fare ritenere persistenti i collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva). Si tratta di requisito di difficile decifrazione, non, com'è ovvio, dal punto di vista semantico, ma sul terreno della concreta verificabilità, forte rimanendo il sospetto che esso alla resa dei conti venga ricavato dalla prestata collaborazione e dalla recisione dei legami con i gruppi criminali di appartenenza e perda così la sua autonomia e la sua significatività sul piano del percorso risocializzativo compiuto dal collaborante.

Per chiudere, i limiti di pena: fatta eccezione per i permessi premio di cui all'art. 30-ter o.p., la concessione della liberazione condizionale e della detenzione domiciliare (si tratta degli unici tre benefici previsti dalla normativa in esame), pur potendo avvenire al di fuori dei presupposti richiesti dalla legge, esige tuttavia l'espiazione di un quarto di pena inflitta o, se si tratta di condannato all'ergastolo, l'espiazione di almeno dieci anni di pena (art. 16-*nonies*, 4° co.).

Che dire della disciplina appena analizzata? Che essa, almeno dal punto di vista che abbiamo inteso privilegiare, vale a dire quello dell'analisi criminologica dei "benefici" penitenziari a favore dei collaboranti, rappresenta una grossa occasione mancata.⁽²⁶⁾ Ancora una volta il legislatore si è lasciato affascinare dalla visione contrattuale della premialità (secondo il modello statunitense),⁽²⁷⁾ dimenticando, però, che, se tale visione può essere appagante quando si discuta della protezione da accordare ai pentiti, non lo è più quando si affronti il tema delle variazioni modali dell'esecuzione della pena. In quest'ambito, è bene ribadirlo, non c'è posto per un *do ut des*, se i due termini del sinallagma sono costituiti dalla concessione della misu-

⁽²⁶⁾ Come del resto deve dirsi della proposta di legge per la modifica degli artt. 4-*bis* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, varata dal Consiglio dei Ministri il 24 maggio 2002, che si limita ad aggiungere al tanto chiacchierato primo periodo del 1° co. dell'art. 4-*bis* o.p. il riferimento ai detenuti o internati per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale o di eversione dell'ordinamento costituzionale, espunto ovviamente dalla previsione del terzo periodo dello stesso primo comma. Segno evidente di una mutata scala di valori nell'ordine delle grandezze della pericolosità sociale dei detenuti, ma non di un'accresciuta sensibilità costituzionale.

⁽²⁷⁾ Il recepimento della visione contrattuale della premialità da parte del nostro legislatore è sottolineato da F. P. GIORDANO- G. TINEBRA, *Il regime di protezione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 561.

ra alternativa, da un lato, e da un comportamento che sia diverso dal cammino risocializzativo – trattamentale intrapreso dal condannato, dall'altro. E la previsione del ravvedimento, per le ragioni che si sono appena esposte, non è per nulla indicativa di una seria volontà legislativa in proposito.

RIASSUNTO

L'articolo compie un'analisi criminologica della normativa sui benefici penitenziari ai collaboratori di giustizia, per verificare la loro rispondenza alla funzione rieducativa della pena, tenendo presente anche le altre finalità della sanzione penale. Le modifiche apportate all'art. 4-*bis* dell'o.p. dalla legislazione antimafia sembrano dimostrare l'intenzione del legislatore di abbandonare la visione originaria della l. 354 del 1975, legata alla concessione delle misure alternative alla detenzione sulla base della progressione nel trattamento, per approdare ad una visione della concessione delle misure alternative alla detenzione connessa solo alle informazioni fornite dal collaborante all'amministrazione della giustizia. Si segnala che dalla previsione ostativa contenuta nel 1° co., primo periodo, dell'art. 4-*bis* o.p. è espressamente esclusa la liberazione anticipata e da quella di cui al 3° co. *bis* si è trascurato di eccettuare la liberazione condizionale. Orbene, il condannato, ritenuto pericoloso per definizione, mentre può accedere a istituti come la liberazione anticipata e la liberazione condizionale, se ha partecipato con successo al trattamento rieducativo, a prescindere dall'aver prestato o meno la collaborazione con la giustizia, non può fruire degli "altri" benefici penitenziari se quella collaborazione non abbia prestato, a prescindere dal percorso favorevole del trattamento predisposto. Entrambe le fattispecie prese in esame, sia pure con modalità diverse, sacrificano il finalismo rieducativo della pena all'obiettivo dell'azione di contrasto alla criminalità organizzata. Si segnala dunque il rischio che le misure alternative alla detenzione, sganciate dai progressi fatti dal condannato nel suo percorso socio-riabilitativo, possano diventare delle semplici vie di uscita dal carcere. E proprio in ciò, nel disinteresse mostrato dal legislatore per i progressi fatti dal condannato-collaboratore sulla via del reinserimento e, in definitiva, per la funzione rieducativa della pena, potrebbe risiedere un contrasto con la norma costituzionale. Anche le innovazioni della l. 45/2001 non appaiono coerenti con la finalità rieducativa, perché sebbene sia prevista l'insufficienza della mera collaborazione, richiedendosi in più l'accertamento del ravvedimento del collaborante (unitamente all'assenza di elementi tali da fare ritenere persistenti i collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva), tale requisito in linea pratica è ricavato dalla prestata collaborazione e dalla recisione dei legami con i gruppi criminali di appartenenza, e quindi si disperde il percorso risocializzativo compiuto dal collaborante.

SUMMARY

This essay carries out a criminological analysis about the legislation on penitentiary benefits to "informers" in order to assess to what an extent this benefits are consistent with the rehabilitative function of the sanction, having in mind also the other aims of the criminal sanction. Art. 4 bis o.p. as amen-

ded by "antimafia" legislation seems to show the clear intention of the legislator to drop the original vision of law n. 354 /1975 - linked to the possibility of granting alternative measures to detention on the basis of a progress in treatment - to come to the idea of linking the grant of the above-mentioned benefits to the information given by the informer himself. It has to be pointed out that the impedimental provision contained in the first part of par.1, art.4 bis o.p., does not include early release; in par. 3 bis of the same article it has not been excluded conditional release. The convict, deemed to be dangerous by definition, while may benefit from early release or conditional release, if he has successfully carried out a rehabilitative treatment, apart from being an informer, cannot obtain the other penitentiary benefits if he has not turned State's evidence apart from the favourable development of the treatment program. Both the examined provisions, even if in a different way, lay down the rehabilitative aim of the sanction for the purpose of fighting organized crime. There is the risk that alternative measures to detention, if disconnected from the convict's progresses in his socio-rehabilitative course may turn to be an escape way from jail. This legislator's indifference to the convict's above-mentioned progresses and, after all, to the rehabilitative aim of the sanction, could result in a contrast with the constitutional provision. Even the innovations brought by law n. 45/2001 seem to be inconsistent with the rehabilitative aim because although the only collaboration with judicial authority (turning State's evidence) is considered insufficient, being also necessary to assess the informer's repentance (in addition to the absence of every element a which may prove a persistent link with organized crime), this requirement is drawn from turning State's evidence and from cutting off any link with the criminal organization, so the and resocializing course of the informer is wasted.

RÉSUMÉ

L'article accomplit un'analyse criminologique de la réglementation des bénéfices pénitentiaires à ceux qui coopèrent avec les juges, pour vérifier le rapport entre ceux-ci et le but de rééducation de la peine, compt tenu meme des autres fonctions de la sanction pénale. Les modifications apportées à l'art. 4 *bis* o.p. par la législation antimafia démontrent que le législateur a abandonné l'idée originelle de la loi 354/1975, liée à la concession de mesures remplaçantes la détention d'après le développement du traitement, et aboutit à une vision très différente par rapport à laquelle ces mesures ne sont octroyées que sur la base des informations données par le prévenu aux juges. On remarque que l'article 4 *bis*, alinéa 1, première période, o.p., a expressément exceptée la libération anticipée et que l'alinéa 3 de celui-ci a omis d'exclure la libération conditionnelle. Donc, le condamné, dangereux par définition, peut jouir de la libération anticipée et de la libération conditionnelle, s'il a bien accompli le traitement de rééducation, sans compter s'il a ou non coopéré avec les juges, tandis qu'il ne peut pas jouir des autres bénéfices pénitentiaires s'il n'a pas coopéré avec les juges, sans compter s'il a bien accompli le traitement pénitentiaire. Tous les deux cas qu'on vient d'examiner, quoique différemment, sacrifient le but de rééducation de la peine à la lutte contre la criminalité organisée. On remarque donc la crainte que les mesures remplaçantes la détention, décrochées des progrès faits par le prévenu dans sa réadaptation, ne se transforment qu'en d'issues de la prison.

Et c'est pour ça, c'est à dire pour le manque d'intérêt montré par le législateur pour les progrès faits par le prévenu qui coopère avec le juge dans sa réadaptation et, en définitive, pour le but de rééducation de la peine, qu'on peut apercevoir une contradiction entre ces dispositions et l'art. 27 de la Constitution. Les nouveautés introduites par la loi n. 45/2001 elles non plus ne sont conformes au but de réadaptation, parce que, quoique la pure et simple coopération soit insuffisante et on exige en plus la constatation que celui qui coopère avec le juge se soit repenti (et qu'il n'a plus de liens avec la criminalité organisée et subversive), ce doné est tiré pratiquement de la coopération prêtée et du défaut de liens avec les groupes criminels auxquels il a appartenu. On va donc disperser les résultats obtenus par le condamné dans sa réadaptation.