

L'ergastolo ostativo e il diritto penale del nemico: una ricerca sul campo

Carlo Maria MUSTARO*

Ufficio del Garante per i diritti delle persone private della libertà personale, Comune di Torino

ABSTRACT: The 'ergastolo ostativo' is a legal institution regulated in Italy by articles 22 of penal code, 4-bis, co. 1, and 58-ter O.P. and is applied when a prisoner who is sentenced to life imprisonment decides not to give information about organized criminality he belongs to. The 'ergastolo ostativo' has to be analyzed in relation to the 'penal law of the enemy', which metaphorically refers to provisions conceived for people deemed to be dangerous for society and thus deserving to be interdicted from the social community. In this article, I present the results of a qualitative research including semi-structured interviews to judges and academics about the nature of this institution

1. L'ergastolo 'ostativo': inquadramento giuridico

Vendetta, espulsione sociale e morte: tre elementi che efficacemente descrivono la natura della pena dell'ergastolo c.d. 'ostativo'. Quest'ultimo costituisce la grave conseguenza della condanna all'ergastolo per uno dei delitti elencati al comma 1 dell'art 4-*bis* O.P.: in assenza di collaborazione con la giustizia ex art 58-*ter* O.P., per il detenuto ergastolano, non potendo egli accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, “verrebbe (...) a configurar(si) l'unica ipotesi, nell'ordinamento penale vigente, in cui l'ergastolo – pur ove gli esiti del trattamento fossero da valutarsi positivamente – risulterebbe insuscettibile di permettere non soltanto il fine pena, ma addirittura qualsiasi mutamento del regime di

* Contatto: Carlo Maria MUSTARO | carlo.mustaro@gmail.com



esecuzione”¹. Sembra utile sottolineare come tale fenomeno rappresenti un elemento sistemico del nostro ordinamento, dal momento che, secondo dati raccolti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, nel 2016, il numero di ergastolani ostativi ristretti all'interno delle carceri italiane era di 1.216, ovvero il 72,5% del totale degli ergastolani ivi presenti (1.678). Al 30 giugno 2020, invece, il numero totale dei detenuti ergastolani è sensibilmente cresciuto (1.793), ma non paiono essere disponibili dati aggiornati relativi ai componenti ostativi di tale gruppo di reclusi.

L'istituto in esame trova origine all'interno della 'legislazione d'emergenza' approvata all'inizio degli anni Novanta al fine di contrastare l'*escalation* di violenza prodotta dai fatti criminali commessi dalle organizzazioni mafiose. In particolare, il D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella L. 12 luglio 1991, n. 203, introdusse all'interno della L. 354/1975 l'art. 4-*bis*, la cui prima versione prevedeva che i detenuti condannati per reati riconducibili alla criminalità organizzata potessero accedere alle misure alternative ed ai benefici penitenziari a patto che fossero stati acquisiti "elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva".

A seguito della strage di Capaci del 23 maggio 1992, la disciplina in questione venne modificata ad opera del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella L. 7 agosto 1992, n. 356, il quale dispose che, ai fini dell'ammissione alle misure alternative, ai benefici penitenziari (esclusa la liberazione anticipata *ex art. 54 O.P.*) ed alla liberazione condizionale *ex art. 176 c.p.*, i condannati per reati di mafia o terrorismo avrebbero dovuto collaborare utilmente con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* O.P..

Con le sentenze n. 357 del 1994 e n. 98 del 1995, la Corte costituzionale equiparò alla utile collaborazione, rispettivamente, le ipotesi di collaborazione "impossibile" e di collaborazione "oggettivamente irrilevante" (poi introdotte dal Legislatore all'interno della disposizione penale con la L. 23 dicembre 2002, n. 279): la prima trova la sua ragion d'essere nella limitata partecipazione del soggetto al fatto criminoso, ovvero nell'integrale

¹ L. Eusebi (2012) "Ergastolano 'non collaborante' ai sensi dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. Penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di un fine?" *Cassazione penale*, 52(4), 1220-1229.



accertamento dei fatti operato con sentenza irrevocabile; la seconda, invece, può realizzarsi a seguito del riconoscimento al condannato di una delle circostanze attenuanti disciplinate dagli artt. 62, comma 6, 114 e 116, comma 2, c.p.. Entrambe le pronunce costituzionali, inoltre, subordinarono il riconoscimento di una delle due ipotesi di collaborazione appena elencate all'acquisizione di “elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva”.

A partire dai primi anni 2000, poi, l'art. 4-*bis* O.P. subì ulteriori modificazioni, le quali ebbero la conseguenza di allungare e rendere eterogeneo l'elenco dei reati c.d. ‘ostativi’ (quelli di ‘prima fascia’, presenti al comma 1), inserendo all'interno del novero di questi ultimi delitti in alcun modo connessi a mafia e terrorismo.

Sotto il profilo giurisprudenziale, due recentissime pronunce della Corte costituzionale e della Corte Edu, rispettivamente la n. 253 del 2019 e la sentenza Viola c. Italia, hanno avuto il merito di evidenziare alcuni profili di illegittimità costituzionale e convenzionale della disciplina in esame. In particolare, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, O.P. per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p., per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, nonché per gli ulteriori reati elencati al suddetto comma 1, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* O.P., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Insomma, la preclusione assoluta propria del meccanismo dell'ostatività non è stata ritenuta dai giudici costituzionalmente legittima.

Dal canto suo, facendo propri i principi di diritto espressi all'interno delle sentenze Kafkaris c. Cipro e, soprattutto, Vinter c. Regno Unito, la Corte Edu ha sancito inequivocabilmente la non conformità dell'ergastolo ostativo con i parametri di cui all'art. 3 della Convenzione, atteso che tale sanzione penale “limita eccessivamente la prospettiva di rilascio del condannato e la possibilità di riesame della pena”, e finisce così per violare



irrimediabilmente il fondamentale ‘diritto alla speranza’ (*right to hope*) di cui ogni detenuto è titolare².

Recentissima, infine, è l’ordinanza dell’11 maggio 2021, n. 97, della Corte Costituzionale, in occasione della quale quest’ultima ha riconosciuto l’illegittimità costituzionale del meccanismo ostativo, nella parte in cui non permette l’applicazione dell’istituto della liberazione condizionale al detenuto non collaborante (anche qualora il suo ravvedimento risulti sicuro). Nonostante ciò, i Giudici hanno preferito non accogliere immediatamente la questione sollevata dalla Corte di Cassazione, I Sezione penale, con ordinanza del 3 giugno 2020, n. 18518, rinviandone la trattazione a maggio 2022, “per consentire al legislatore gli interventi che tengano conto sia della peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso, e delle relative regole penitenziarie, sia della necessità di preservare il valore della collaborazione con la giustizia in questi casi” (comunicato del 15 aprile 2021, rilasciato dall’Ufficio stampa della Corte Costituzionale).

2. Ergastolo ostativo e diritto penale del nemico: metodi di ricerca

Parrebbe legittimo domandarsi quale sia il senso dell’interrogarsi intorno alla natura ed alle conseguenze dell’applicazione della pena dell’ergastolo ostativo, dal momento che essa riguarda esclusivamente il 2% circa della popolazione detenuta italiana. La risposta ad un simile quesito risiede nella considerazione secondo la quale l’ergastolo, così come le pene detentive draconiane, rappresentano il “nocciolo duro della penalità”³: esse svolgono il ruolo di parametri sulla base dei quali il campo del penale prende concretamente forma. Di

² D. Galliani, A. Pugiotto (2017) “Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?”, *Rivista AIC*, 1-56, consultabile a questo indirizzo: <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/davide-galliani/eppure-qualcosa-si-muove-verso-il-superamento-dell-ostativit-ai-benefici-penitenziari>. Si veda altresì F. Viganò (2012) “Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo”, *Dir. Pen. Cont.*, 4, consultabile al sito <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1616-ergastolo-senza-speranza-di-liberazione-condizionale-e-art-3-cedu--poche-luci-e-molte-ombre-in-due>.

³ F. Vianello (2015) “‘Mai dire mai’: contro l’ergastolo, per una penalità inquieta”, *Antigone*, 1, 153-176, consultabile a questo indirizzo: http://www.ristretti.it/commenti/2016/marzo/pdf7/articolo_vianello.pdf.



conseguenza, analizzare tale tipologia di sanzione ed il ruolo che essa svolge all'interno del sistema penale diviene concreto strumento di rideterminazione dei confini della penalità tutta. Quanto appena detto non può prescindere dalla valutazione della corrispondenza esistente tra le motivazioni che sorreggono l'applicazione di tale tipologia di punizione e i caratteri del c.d. 'diritto penale del nemico'. Quest'ultimo è diretta espressione di una penalità volta all'esclusione (anche perpetua) dal consorzio sociale di 'tipi d'autore' considerati pericolosi poiché non assicurano alcuna garanzia di comportamento conforme alle aspettative normative: la neutralizzazione di questi soggetti è essenziale ai fini della difesa sociale.

L'analogia appena richiamata è stata rilevata a partire dallo studio dei risultati di una ricerca qualitativa svolta somministrando un'intervista semi-strutturata ad un campione composto da soggetti appartenenti a due distinti gruppi professionali: giudici ed accademici. In relazione al primo gruppo, sono state effettuate quattro interviste, di cui tre ad altrettanti magistrati di sorveglianza (in ragione della loro funzione e, quindi, del loro diretto coinvolgimento nell'operatività del meccanismo ostativo), ed una ad un soggetto che ha svolto per molti anni la funzione di pubblico ministero (utile ai fini dell'indagine sullo sguardo della pubblica accusa intorno all'istituto di cui al combinato disposto degli artt. 22 c.p. e 4-bis, comma 1, O.P.).

Sono stati tre, invece, gli accademici intervistati, scelti in ragione del loro concreto impegno per la tutela dei diritti delle persone recluse e per l'approfondita conoscenza delle tematiche relative alla pena dell'ergastolo 'ostativo'. Il confronto realizzato con gli intervistati ha permesso, da un lato, di indagare il ruolo che tale sanzione penale svolge in relazione all'ideologia penalistica del 'diritto penale del nemico'; dall'altro, di analizzare le differenti prospettive attraverso cui i componenti dei due gruppi sopra citati guardano all'opportunità di tale istituto. In particolare, se i rappresentanti del mondo accademico ne scorgono le criticità, i profili di illegittimità costituzionale e convenzionale, e ne chiedono una revisione, i giudici ne condividono, invece, le motivazioni di base e, di conseguenza, la necessità quasi ontologica.

Si può fin d'ora affermare come la grande diversità delle esperienze professionali e, quindi, degli elementi propri della cultura giuridica interna ai due gruppi siano alcuni dei



motivi della difformità dei loro giudizi: la casistica giurisprudenziale e gli ingenti carichi di lavoro sopportati dai magistrati determinano, tra questi ultimi, la genesi di vere e proprie categorie antropologiche utili ai fini della decisione. In quest'ottica, l'automatismo *ex art. 4-bis*, comma 1, O.P., pur obliterando la discrezionalità dei giudicanti, non viene da essi percepito come inibente il loro potere decisionale, dal momento che tale meccanismo di fatto rappresenta la trasposizione legislativa delle decisioni che questi ultimi adotterebbero in relazione ai casi concreti a cui tale istituto si applica.

In buona sostanza, le motivazioni sottese al *Feindstrafrecht* finiscono per influenzare i giudici di sorveglianza nell'esercizio della loro funzione, diventando inevitabilmente componenti della loro cultura giuridica: ai casi concreti (i detenuti, per quanto riguarda la magistratura dell'esecuzione) ed alle norme giuridiche vengono così attribuiti significati conformi a tali componenti, e, di conseguenza, viene operata una ridefinizione della *ratio* degli istituti giuridici in funzione dei soggetti a cui essi vengono applicati.

Indagare il privilegiato rapporto esistente tra “pena di morte viva”⁴ e diritto penale del nemico, allora, diventa essenziale ai fini dell'analisi (di parte) degli elementi che compongono la cultura giuridica dei giudicanti e, di conseguenza, del ruolo che la pena perpetua svolge nel sistema penale. Solo così risulterà possibile contribuire ad una concreta ridefinizione della penalità tutta.

2.1. Gli elementi del *Feindstrafrecht* nelle parole dei soggetti intervistati

Si è precedentemente definita, seppure molto sommariamente, la *ratio* che sottende a quella particolare forma di diritto penale di nome *Feindstrafrecht*. Quest'ultimo sottintende una “concezione ontologista”⁵ del bene giuridico tutelato, che può considerarsi espressione di una visione propria del c.d. ‘legalismo etico’: “i comportamenti immorali o naturalmente abnormi o socialmente dannosi sono tali (solo) perché puniti dalla legge come reati” (*peccata quia*

⁴ C. Musumeci (2010) *Gli uomini ombra e altri racconti*, Verona, Il segno dei Gabrielli.

⁵ F. Resta (2006) “Nemici e criminali. Le logiche del controllo”, *Ind. Pen.*, 1, 181-221, p. 182.



prohibita), e ciò vale “a neutralizzare il giudizio morale e politico subordinandolo alle scelte potestative del sistema penale”⁶.

Insomma, il diritto penale del nemico tende a “fondare sul diritto positivo, assunto come fatto sovra-politico poco meno che naturale, una specifica etica statale”⁷: “la perturbazione dell'ordine normativo arrecata dal delitto”⁸ diviene, allora, il parametro del suo retribuzionismo. L'eticizzazione del diritto tipica del *Feindstrafrecht* comporta l'ingresso di forme di sostanzialismo e soggettivismo all'interno del sistema penale, con la conseguenza che si assiste sempre più ad un'alterazione del “principio di legalità nell'identificazione di ciò che è punibile: non più il reato, ma il reo”⁹.

Effetti di tale fenomeno sono riscontrabili all'interno della disciplina di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, O.P., con riferimento alla quale la Corte Costituzionale si è spinta ad affermare che “appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di ‘tipi d'autore’, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita” (sentenza n. 306 del 1993). Sotto questo profilo, pare utile riportare quanto affermato dall'intervistato n. 4, le cui parole sintetizzano altresì la visione dei magistrati intervistati sul punto:

Ma soggetti come quelli legati ad associazioni criminali, che da anni, e tra l'altro per tradizione familiare, sono assolutamente irrecuperabili. Quindi, sotto questo punto di vista, è comprensibile che non passino attraverso... se hanno una condanna, quella condanna devono espiarla. (Intervista n. 4)

In buona sostanza, il giudice aderisce all'idea (avallata dalla sua esperienza professionale) che esistano tipologie di autori di reato nei confronti dei quali, abbandonata ogni istanza risocializzante, debbono essere praticate l'esclusione e la segregazione punitiva. In effetti, l'automatismo legislativo tipico della normativa in esame costituisce diretta espressione del diritto penitenziario d'autore richiamato dal Giudice delle leggi ed individuabile nelle parole del magistrato intervistato: sulla base della considerazione circa

⁶ L. Ferrajoli (2018) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, p. 369.

⁷ *Ivi*, p. 216.

⁸ Resta (2006), cit., p. 190.

⁹ L. Ferrajoli (2006) “Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale”, *Questione giustizia*, 4, 798-814, p. 804.



l'esistenza di soggetti "irrecuperabili"¹⁰, esso dà vita ad una presunzione legale "al cubo"¹¹, la quale si sostanzia nella doppia presunzione di pericolosità sociale e di permanenza dell'adesione al consorzio criminale – "entrambe ostative alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative"¹² alla detenzione –, nonché dall'ulteriore presunzione che vede nella condotta collaborativa la prova inequivocabile dell'avvenuto ravvedimento del detenuto.

Insomma, nei confronti di alcune tipologie di soggetti legalmente individuate, la risposta penale finisce per caratterizzarsi, nella fase comminatoria, per gli elevatissimi livelli di pena e, nella fase esecutiva, per la natura repressiva della modalità di esecuzione della sanzione.

Però, devo essere sincera, la mia coscienza non mi rimorderebbe: se io fossi stata il magistrato di sorveglianza di Totò Riina, forse mi sarei decisa a scarcerarlo proprio in *limine mortis*, per consentirgli una morte dignitosa. Ma al di là di questo, proprio no. (Intervista n. 5)

Le parole del magistrato di sorveglianza intervistato danno la misura del carattere sostanzialista e totalmente retributivo, e della disciplina di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, O.P., e del modo di intendere la funzione giurisdizionale da parte di alcuni giudici dell'esecuzione: esistono soggetti che non possono moralmente essere ritenuti (e quindi trattati alla stregua di) persone, in quanto rei di avere commesso crimini atroci. Ad essi, il giudice può tutt'al più consentire una morte dignitosa, la quale finisce per costituire una concessione, quasi una forma di grazia: non esiste alcuno spazio di riconoscimento di diritti nei confronti di detenuti espropriati dei fondamenti della propria dignità. Nei confronti di "uomini ombra"¹³ che hanno già perso tutto.

¹⁰ Vianello (2015), cit.

¹¹ C. Musumeci, A. Pugiotto, D. Galliani (2016) *Gli ergastolani senza scampo: fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, Editoriale scientifica, p. 90.

¹² *Ibidem*.

¹³ Musumeci (2010), cit.



Si è detto come il legalismo etico tipico del *Feindstrafrecht* ed il sostanzialismo penale rappresentino due facce della stessa medaglia: se, durkheimianamente parlando, in società caratterizzate da forme di solidarietà meccanica, la coesione sociale è garantita dalla condivisione di valori morali, in società caratterizzate da forme di solidarietà organica, “l’ordinamento giuridico, con le sue norme astratte e i suoi rapporti depersonalizzati, sostituisce la fiducia personale con la fiducia istituzionale”¹⁴. In questo senso, il diritto svolge la funzione “di orientamento dell’azione e di istituzionalizzazione delle aspettative”¹⁵, ed assicura la sola forma di fiducia possibile all’interno di sistemi sociali complessi.

Quanto alla sanzione penale, essa finisce per ricoprire un ruolo di prim’ordine all’interno di questo quadro: dal momento che il crimine, ovvero la violazione dei *frames* definiti dalle norme, mina direttamente la fiducia dei terzi nell’ordinamento giuridico, la pena non può che rappresentare “un’espressione simbolica contraddittoria rispetto a quella rappresentata dal reato”¹⁶, la quale ristabilisce la stessa fiducia erosa dalla commissione del delitto.

In definitiva, all’interno di sistemi sociali complessi, il diritto penale sembra maggiormente votato alla difesa della forza dell’ordinamento nell’esercizio della sua funzione di orientamento dell’azione, piuttosto che alla tutela di beni giuridici: “compito della pena è il mantenimento della norma come modello di orientamento per il contratto sociale”¹⁷, la portata inclusiva del quale si fonda sulla costruzione, sulla netta delimitazione e sulla condivisione di un “orizzonte di senso comune”¹⁸ all’interno del quale è garantita la sicurezza cognitiva, nella misura in cui i rapporti sociali si producono e si riproducono secondo i *frames* stabiliti dalle norme. Di conseguenza, la nozione di ‘persona’ non rappresenta più un

¹⁴ A. Baratta (1984) “Integrazione-prevenzione, una ‘nuova’ fondazione della pena all’interno della teoria sistemica”, *Dei delitti e delle pene*, 5, 5-26, p. 6.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ G. Jakobs, (1983) *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlino, New York, De Gruyter, citato da A. Baratta (1984), cit.

¹⁸ D. Melossi (2002) *Stato, controllo sociale, devianza: teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, Milano, Person Italia Spa.



costrutto naturale, bensì un “concetto normativo”¹⁹, una “costruzione sociale”²⁰ che può essere attribuita agli individui a seconda che questi soddisfino o meno le aspettative normative.

Ecco allora individuata la genesi della differenziazione tra *Burgerstrafrecht* e *Feindstrafrecht*: il primo si applica ai soggetti che, comportandosi conformemente ai *frames* espressi dal diritto, possono legittimamente essere definiti cittadini-persone; il secondo, invece, deve essere applicato alle *Unpersonen*, ovvero ad individui che non garantiscono il grado di sicurezza cognitiva necessario alla conservazione del sistema sociale.

La netta separazione tra ‘diritto penale del cittadino’ e ‘diritto penale del nemico’ colpisce maggiormente quei settori del sistema penale che disciplinano reati di particolare allarme sociale. In quest’ottica, i delitti di cui al comma 1 dell’art. 4-bis O.P. identificano categorie di ‘nemici’ che debbono necessariamente essere escluse dal consorzio sociale (perfino a vita, nel caso degli ergastolani ostativi). Le preclusioni legali assolute che regolano l’ostatività all’accesso ai benefici penitenziari esprimono valutazioni deterministiche nei confronti di questa tipologia di detenuti, negando loro “la contingenza comportamentale e la libertà di scelta”²¹ che, invece, rappresenta uno degli elementi del *Burgerstrafrecht*.

È uno strumento (l’art. 4-bis, comma 1, O.P.) invece che è orientato al crimine organizzato e adesso, dati i temi di questa problematica di terrorismo internazionale, di radicalizzazione, che è di nuovo una cosa che come tipo di modello comportamentale si può avvicinare al crimine organizzato, perché comunque è un credo, una fede, un vincolo che ti cala interamente dentro il reato, cioè chi lo commette è il reato. Detto in modo un po' banale, non voglio fare una generalizzazione, però c'è una forte identificazione tra l'autore del reato ed il reato stesso. (Intervista n. 7)

¹⁹ G. Losappio (2007) “Diritto penale del nemico, diritto penale dell’amico, nemici del diritto penale”, *Indice penale*, 10(1), 51-63.

²⁰ M. Pavarini (2006) “La neutralizzazione degli uomini inaffidabili: la nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulle guerre alle *Unpersonen*”, *Studi sulla questione criminale*, 1(2), 7-30.

²¹ Resta (2006), cit., p. 194.



L'idea dell'identificazione tra autore di reato e delitto espressa dal magistrato di sorveglianza intervistato è diretta espressione del sostanzialismo penale tipico del *Feindstrafrecht*: si punisce più 'per ciò che si è', piuttosto che 'per ciò che si fa'. Chi si pone al di fuori dei confini del patto sociale tracciati e difesi dal diritto penale deve essere neutralizzato, pena la messa a rischio della tenuta del sistema sociale interamente considerato. Si assiste così allo scontro tra "ragion di Stato e nemico-criminale, ma ancor più tra ragion di Stato e Stato di diritto"²², il quale si consuma sul terreno della lotta al terrorismo, alle mafie e ad ogni altro evento considerato in grado di mettere in pericolo la sopravvivenza del Leviatano (si pensi all'allungamento dell'elenco dei reati ostativi c.d. 'di prima fascia'). Quest'ultimo finisce per rappresentare "un fine non fondato che su se medesimo e fondamento a sua volta di mezzi giuridici che restano flessibili, mutevoli, manipolabili ad arbitrio"²³. Insomma, "*salus rei publicae suprema lex esto*": ciò che conta è esclusivamente la "autoconservazione del sistema politico"²⁴.

Nello Stato etico hegeliano così individuato, la validità di una norma viene ad essere identificata con la sua mera "esistenza giuridica, quale prodotto di un atto normativo conforme alle norme sulla sua produzione"²⁵. Invero, il processo di giuridicizzazione del dover essere extra-giuridico proprio degli Stati di diritto ha trasformato "in norme di legittimazione interna di rilievo solitamente costituzionale (...) gran parte delle fonti di giustificazione esterna relative al 'quando' e al 'come' dell'esercizio dei pubblici poteri"²⁶. Di conseguenza, negli odierni Stati costituzionali, "la validità delle norme (...) risiede nella loro conformità non solo formale ma anche sostanziale a norme di livello superiore, che non solo disciplinano le forme, ma dettano anche vincoli di contenuto all'esercizio del potere normativo"²⁷.

In definitiva, seppure sia indubbio che i *frames* definiti dalle norme penali rappresentino condizioni di autoconservazione ed autoriproduzione del sistema di potere

²² *Ivi*, p. 209.

²³ L. Ferrajoli (1984) "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", *Dei delitti e delle pene*, 2(2), 271-292.

²⁴ Ferrajoli (2018), cit., p. 264.

²⁵ *Ivi*, p. 349.

²⁶ *Ivi*, p. 348.

²⁷ *Ibidem*.



costituito, non può sottacersi il fatto che il *Feindstrafrecht* esprima una profonda disfunzionalità rispetto ad ordinamenti giuridici organizzati secondo una rigida gerarchia delle fonti e che consentono “un sindacato di legittimità dei contenuti delle singole norme non già autoreferenziale (seppur intra-sistemico), ma eterointegrato” secondo i valori etico-politici espressi dalla Costituzione²⁸.

2.2. La collaborazione con la giustizia e la negoziazione della pena

Si è detto come, all'interno della logica del diritto penale del nemico, la pena finisca per rappresentare, da un lato, lo strumento materiale ai fini del bando e dell'esclusione dei nemici, dall'altro, l'occasione di riaffermazione della fiducia nell'ordinamento scalfita dal delitto. In quest'ultimo senso, la punizione è in grado di svolgere la sua funzione sociale poiché essa costituisce il mezzo simbolico attraverso cui si realizza lo ‘scambio penale’ tipico dei sistemi sociali complessi: il reo diventa il “supporto psico-fisico”²⁹ della contrattazione *sui generis* che vede l'opinione pubblica partecipare all'inflizione della pena-vendetta nei confronti del criminale-nemico (attraverso il meccanismo di identificazione con la vittima di reato³⁰), ed il potere statale legittimarsi in ragione della produzione funzionale di (falsa) sicurezza originatasi dalla comminazione della sanzione penale.

Quanto appena detto risulta valido per i momenti edittale e comminatorio (che si caratterizzano per un utilizzo principalmente simbolico-espressivo della pena), ma non per la fase esecutiva, che invece si contraddistingue per il suo ruolo di razionalizzazione delle risorse del sistema penale. La rinuncia a punire che il sistema penitenziario realizza in cambio della “produzione funzionale di consenso”³¹ da parte dei condannati, infatti, costituisce lo strumento essenziale ai fini del mantenimento della “efficacia dell'azione punitiva”, la quale

²⁸ Resta (2006), cit., pp. 196-197.

²⁹ Baratta (1984), cit.

³⁰ D. Garland (2004) *La cultura del controllo*, Roma, Il Saggiatore.

³¹ M. Pavarini (1986) “L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno”, *Questione giustizia*, 1986, 4, 804-816.



non risulta più “in ragione dei *telos* esterni al sistema (educare e intimidire), ma (...) di esigenze intrasistemiche (neutralizzare e ridurre i rischi)”³².

Tale fenomeno di negoziazione della risorsa repressiva non rappresenta un elemento “patologico e in qualche modo correggibile (...). Al contrario: la disintegrazione del principio dell’intangibilità del giudicato è il prezzo necessario che il sistema penale deve pagare se pretende di realizzarsi pienamente come strumento di controllo sociale”³³. Esso si fonda su di una serie di meccanismi premiali oculatamente predisposti per la fase esecutiva, i quali permettono il governo amministrativo del carcere e finiscono per costituire “una caratteristica “immanente” del sistema penitenziario disciplinare”³⁴.

La logica premiale trova compiuta espressione nel combinato disposto degli artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* O.P. L’ostatività alla concessione dei benefici penitenziari, infatti, può essere superata esclusivamente in virtù di una utile collaborazione con la giustizia: quest’ultima rappresenta la condizione che il detenuto deve necessariamente soddisfare per ottenere il ‘premio’ consistente nella possibilità del vaglio giurisdizionale sulle sue richieste di ammissione alle misure alternative o ai benefici penitenziari.

Appare evidente la peculiarità dei termini di questa particolare forma di scambio penitenziario: non è sufficiente la partecipazione all’opera trattamentale intramuraria, al detenuto ostativo è richiesta la condotta qualificata della collaborazione con la giustizia. Il soddisfacimento del requisito *ex art. 58-ter* O.P., inoltre, non comporta l’automatica concessione delle misure alternative o dei benefici penitenziari, ma solo il vaglio giurisdizionale dei giudici di sorveglianza. Non esiste alcuna garanzia di risultato, insomma.

Risulta chiaro, allora, come il soggetto collaborante non ottenga alcun reale ‘premio’ dalla conclusione dello scambio fin qui descritto, se non quello di evitare un *surplus* punitivo derivante dalla mancata collaborazione (ovvero l’automatica preclusione all’accesso a qualsivoglia misura extra-muraria). In questo senso si è espressa anche la Corte costituzionale

³² Pavarini (2006), cit.

³³ M. Pavarini (2000) “Lotta alla criminalità organizzata e ‘negoziato’ della pena”, *Critica del diritto*, 2, 129-141.

³⁴ B. Spricigo (2013) “La ‘riflessione critica sul reato’ e l’automatismo ostativo di cui all’art. 4-*bis* OP”, *Criminalia*, 619-641, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.edizioniets.com/criminalia/2013/pdf/13-3-Spricigo2.pdf>.



all'interno della sentenza n. 253 del 2019, in occasione della quale il Giudice delle leggi ha inteso chiarire che, “un conto è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante”.

Ma quali sono i fini a cui mira il sistema penale attraverso lo sfruttamento di questa forma di premialità? Sicuramente esigenze investigative e di politica criminale: le informazioni ottenute tramite la collaborazione sono fonti utilissime (spesso necessarie) ai fini della cattura degli autori di reati associativi e della completa ricostruzione dei fatti (in questo senso, nuovamente Corte costituzionale, 23/10/2019, n. 253). Inoltre, la collaborazione assicura l'interruzione degli eventuali legami del detenuto con l'associazione criminale esterna, poiché essa difficilmente riammetterà al suo interno un soggetto considerato 'pentito'. Di conseguenza, il livello di pericolosità sociale del reo si riduce fortemente.

L'istituto disciplinato dall'art. 4-bis, comma 1, O.P. svolge altresì una funzione di carattere simbolico: favorire la condotta *ex art. 58-ter* O.P. garantisce l'effettiva realizzazione della logica preventivo-integrativa, nella misura in cui le informazioni ottenute permettono la severa punizione di tutti gli autori di reati di elevato allarme sociale (quali sono quelli di 'prima fascia').

... anche se guarda la questione dal punto di vista di prevenzione, sempre speciale, ma questa volta negativa, quindi, in sostanza, il prevenire reati da parte di quella persona, ancora una volta il meccanismo è in parte diabolico, perché non interessa al legislatore il motivo per il quale ha collaborato, l'importante è che collabora. E quindi può esserci alla base della collaborazione qualunque tipo di motivo, e questo potrebbe essere di particolare preoccupazione nel momento in cui lei pensa all'incapacitazione o comunque sia alla prevenzione speciale negativa: se una persona collabora con la giustizia, ma lo fa per tornare a delinquere, lei capisce che l'ordinamento non riesce nemmeno a configurare quella funzione della pena. (Intervista n. 6)



L'intervistato pone una questione molto importante, che può essere analizzata alla luce di quanto più sopra detto: il meccanismo ostativo si giustifica nella misura in cui alle finalità di prevenzione speciale negativa affianca quelle di prevenzione generale. Infatti, dal momento che l'incapacitazione del reo (tipica della logica del *Feindstrafrecht*) viene meno a seguito di un'utile collaborazione con la giustizia e che all'ordinamento non interessa quali siano i motivi che lo hanno spinto a collaborare, si può legittimamente ipotizzare che la decisione di tenere la condotta *ex art. 58-ter* O.P. sia esclusivamente frutto di un calcolo utilitaristico del condannato. Di conseguenza, il sistema penale permetterebbe l'accesso alle misure extra-murarie a soggetti potenzialmente ancora legati alle associazioni criminali di provenienza, facendo decadere ogni finalità specialpreventiva negativa, che verrebbe così sostituita dagli obiettivi propri della prevenzione generale. In ultima analisi:

... dalla collaborazione dell'autore di reato deriverebbe una maggiore intimidazione nei confronti dei criminali o dei potenziali aspiranti, ma anche una maggiore fiducia da parte dei consociati nella capacità delle agenzie di controllo di contrastare il fenomeno criminale; ove invece non venisse raccolto l'invito a collaborare, l'ordinamento, presumendo non risocializzabile l'autore del reato, finirebbe per applicare la pena come neutralizzazione perpetua³⁵.

Sotto il profilo delle conseguenze materiali prodotte dall'automatismo legislativo *ex art. 4-bis* O.P., la disciplina in esame costituisce “un sotto-sistema normativo che, nella delicata fase di esecuzione della pena, impone – in termini di fatto ricattatori – l'offerta di benefici penitenziari in cambio di comportamenti, nella sostanza, autoaccusatori e/o di delazione”³⁶.

... il fatto che si siano sentiti dalla normativa, tra virgolette “costretti” (a collaborare)... beh, allora non si dovrebbe prevedere una pena per niente, perché la previsione della pena vuol costringere uno a non commettere il fatto. (Intervista n. 1)

³⁵ Spricigo (2014), cit, p. 627.

³⁶ *Ibidem*.



Il soggetto intervistato sembra valutare positivamente la forma di ‘incentivazione’ alla collaborazione tipica dell’ostatività. Il parallelismo con la tipologia di costrizione propria della prospettiva generalpreventiva negativa non sembra però essere del tutto convincente: è sicuramente vero che la pena astrattamente prevista dal legislatore limita la libertà dei consociati, ma ciò avviene senza l’utilizzo di coazione fisica, avvalendosi esclusivamente della minaccia della sanzione.

La condizione degli ergastolani ostativi, invece, è profondamente differente: lo strumento di incentivazione alla collaborazione è costituito proprio dall’afflizione psico-fisica alla quale i detenuti sono sottoposti durante la detenzione (basti pensare alla negazione dell’esercizio del proprio diritto alla sessualità; ad un regime detentivo esclusivamente intramurario e, spesso, *ex art. 41-bis O.P.*), ed in ragione di quest’ultima. Questa tipologia di reclusi, infatti, essendo stata privata *sine die* della propria libertà personale, si trova di fatto alla mercé di un’istituzione penitenziaria che esercita su di essa un potere ‘totale’³⁷, la cui capacità di pressione è tanto più insopportabile (e, quindi, efficace) quanto più dura ed afflittiva è la condizione detentiva di chi la subisce.

In definitiva, “il sistema carcerario diventa (...) uno strumento inquisitorio per favorire la collaborazione, nella sostanza non dissimile da quelli premoderni che si fondavano sulla minaccia ed effettività della tortura per favorire la confessione”³⁸.

Io posso anche volontariamente scegliere di non collaborare con la giustizia; lo posso fare, è una mia scelta processuale, quindi, nel momento in cui io vengo condannato, me ne assumo le conseguenze. Ma se, indipendentemente dal mio atteggiamento, diciamo così, ostruzionistico nei confronti della giustizia. (Intervista n. 5)

Le parole del magistrato di sorveglianza esprimono l’idea secondo la quale la mancata collaborazione dell’imputato in fase processuale (ma lo stesso vale, *mutatis mutandis*, anche in fase esecutiva) debba essere valutata alla stregua di “un atteggiamento ostruzionistico nei

³⁷ E. Goffman (2010) *Asylums: le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, Einaudi. Si veda anche M. Foucault (2014) *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi.

³⁸ Pavarini (2000), cit.



confronti della giustizia”. “Sei colpevole ed io devo punirti”, poco importa delle garanzie offerte dal diritto di difesa. Va però ricordato che il diritto al silenzio rappresenta diretta espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, che non può in alcun modo essere capovolto “in un gravoso onere di collaborazione”, il quale, “non solo richiede la denuncia a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*), ma rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati” (Corte costituzionale, 23/10/2019, n. 253)³⁹.

La condizione appena descritta non pare poter essere sanata dall’adesione all’orientamento che considera la condotta *ex art. 58-ter* O.P. come presupposto del ‘sicuro ravvedimento’ (requisito essenziale ai fini della concessione della liberazione condizionale *ex art. 176 c.p.*): esso deve essere necessariamente perseguito nel rispetto della libertà morale del detenuto, la quale, invece, pare totalmente annullata da un meccanismo “che piega il foro interno del condannato, spingendolo fino all’ultimo ripostiglio in cui si nasconde, clandestino, il nemico: nella propria anima”⁴⁰.

Ancora una volta, ecco svelata la logica del diritto penitenziario d’autore che informa la disciplina di cui all’art. 4-*bis*, comma 1, O.P.: il condannato viene punito non soltanto per il fatto di reato commesso, ma anche in virtù della sua (presunta) natura criminale; “le leggi ti tormentano, perché sei reo, perché puoi esser reo, perché voglio che tu sii reo”⁴¹ (C. Beccaria, 1764).

Nella prospettiva appena delineata, il doppio binario trattamentale prodotto dall’istituto dell’ostatività rappresenta un formidabile strumento ai fini della differenziazione dei detenuti (prima ancora che del trattamento esecutivo): è possibile distinguere tra persone e *Unpersonen* anche all’interno della prigione. In effetti, “esistono due classi di criminali, due categorie sociali, psicologiche, psichiatriche (...): da una parte i poveri diavoli e, dall’altra, i

³⁹ Nello stesso senso, A. Pugiotto (2013) “Una *quaestio* sulla pena dell’ergastolo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile al seguente indirizzo: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2127-una-quaestio-sulla-pena-dell-ergastolo>.

⁴⁰ Musumeci et al. (2016), cit.

⁴¹ C. Beccaria (1773) *Dei delitti e delle pene*, Torino, Einaudi, consultabile al seguente indirizzo: http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf.



duri, gli irrecuperabili. Quelli di cui non si può fare niente, e di cui bisogna fare sì che non siano più niente”⁴².

Riconoscendoli quali “nemici”, il regime detentivo (meramente custodiale e segregativo) *ex art. 4-bis*, comma 1, O.P. dispone la definitiva esclusione dal consorzio sociale degli ergastolani non collaboranti, e così “realizza il famoso sostituto tanto cercato alla pena capitale (...): la reclusione indefinita e completa”⁴³.

Bisogna, senza retorica, prendere atto che ci sono, invece, molte situazioni in cui la rieducazione è una mera chimera, ed io lo vedo nei miei certificati penali: gente che ha due, tre misure alternative e continua regolarmente. Solo un ingenuo può pensare alla rieducazione per tutti. Ma, del resto, l’articolo della Costituzione dice “deve tendere”, cioè come aspirazione. (Intervista n. 4)

Ancora:

...perché poi l’ergastolo ostativo fondamentalemente ce l’hanno quelli condannati per associazionismo mafioso e per delitti, omicidi. Per omicidi. Omicidi di mafia, che sono cose decisamente brutte nelle modalità commissive, nelle ragioni della commissione ecc. Quindi sono persone che dal punto di vista umano sono cascate davvero in un pozzo abbastanza profondo. (Intervista n. 7)

Le parole dei magistrati di sorveglianza qui riportate confermano l’adesione di questi ultimi all’idea che esistano soggetti moralmente inadeguati ad essere considerati meritevoli componenti del consorzio sociale.

... io trovo tutto questo discorso teorico, terribilmente teorico. Fatto da chi non lavora dentro questo tipo di ... soprattutto non lavora negli ambienti e sulle realtà che da questo tipo di criminalità sono colonizzate. (Intervista n. 7).

⁴² M. Foucault (2011) *L'emergenza delle prigioni: interventi su carcere, diritto, controllo*, Firenze, La casa Usher.

⁴³ *Ibidem*.



Riflettere sull'ergastolo ostativo nei termini di una pena contraria alla dignità umana viene considerato un mero esercizio retorico, svolto da persone che non hanno contezza degli uomini e dei fatti di cui si tratta. Arrivati a questo punto, è possibile ipotizzare che la definizione del magistrato di sorveglianza nei termini di giudice della persona (e non del fatto) influenzi profondamente il suo sguardo sui detenuti: la valutazione della personalità dei condannati necessariamente presuppone una forma di giudizio sul foro interno di questi ultimi. Risulta molto difficile smarcarsi da un meccanismo decisionale così connotato, tipico di un "processo sull'autore"⁴⁴ che mette a serio rischio la stessa terzietà del giudice.

Si potrebbe dire ancora molto intorno alla cultura giuridica interna agli esponenti di una funzione giurisdizionale che, obliterata ogni spinta verso la tutela dei diritti dei reclusi, si considera sempre più soggetto partecipe del potere punitivo. Quello che è certo è che, nei confronti di alcune tipologie di autore (legalmente definite e non), le decisioni dei giudici di sorveglianza intervistati tendono a fondarsi su di elementi da loro precostituiti (per via delle loro esperienze professionali, di vita, di esigenze di smaltimento di grossi carichi di lavoro), di cui il diritto penale del nemico è certamente una componente. Tale fenomeno consente ai giudicanti decisioni più rapide e, nella loro prospettiva, più 'giuste' (perché logicamente orientate), e finisce per attivare nuovi processi di significazione nei confronti dei reclusi e degli istituti giuridici ad essi applicati.

In particolare, la cultura giuridica interna alla magistratura di sorveglianza contribuisce all'individuazione di una nuova *ratio* delle norme giuridiche e, nell'accompagnarsi ad una (ferrea) categorizzazione dei soggetti-oggetto di giudizio, realizza l'annullamento di una reale valutazione casistica nei confronti degli ergastolani ostativi. Insomma, la cultura interna dei giudici di sorveglianza contribuisce alla concreta ridefinizione della funzione sociale e giuridica degli istituti dell'ordinamento: l'ergastolo ostativo altro non è se non un vero e proprio strumento del *Feindstrafrecht*.

⁴⁴ Spricigo (2014), cit.

