

# INDICE SOMMARIO

<i>Prefazione</i> di Fabio Fiorentin .....	XI
--	----

## **CAPITOLO 1 “OSTATIVITÀ” ALLA RIEDUCAZIONE E “DOPPIO BINARIO” PENITENZIARIO**

1. Premessa: osservazioni di metodo per un volto “sostanziale” dell’esecuzione penale .....	1
2. L’esecuzione penitenziaria: principi, tempi e finalità .....	3
3. “Ostatività” e dignità umana: dalla regola all’eccezione .....	6

## **CAPITOLO 2 4-BIS E OSTATIVITÀ: SIMBOLI LEGISLATIVI DELLA LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA**

1. L’art. 4- <i>bis</i> ord. penit.: <i>ratio</i> e genesi .....	11
2. Le contro-riforme del biennio 1991-1992 .....	16
2.1. “Doppio binario penitenziario”: <i>focus</i> 41- <i>bis</i> ord. penit. ....	21
3. La novella legislativa n. 279 del 2002 .....	44
3.1. Il d.l. n. 11 del 2009 e la legge di conversione .....	46
3.2. Le modifiche ulteriori: leggi nn. 172 del 2012 e 43 del 2015 ...	50
3.3. Il periodo 2015-2019: l’emergenza del sovraffollamento carcerario .....	52
3.4. La legge c.d. “Spazza-corrotti” n. 3 del 2019. ....	54
3.5. La legge n. 69 del 2019, il c.d. “Codice rosso” .....	56
4. Proposte di legge e commissioni di riforma .....	56
4.1. Appendice normativa: 4- <i>bis</i> .....	59
5. Il 2020, oggi, tra emergenza sanitaria e sovraffollamento .....	67
5.1. Dal d.l. n. 18/2020 alla FASE 2 .....	76
5.2. Il d.l. 28/2020 .....	79
5.3. Il d.l. n. 29/2020 .....	83

5.4. Sulla legge di conversione n. 70 del 2020 .....	91
6. Verso la riforma dell'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.: i lavori della Commissione antimafia "Morra" .....	93

### CAPITOLO 3 ... E IL 4-BIS NEL DIALOGO TRA LE CORTI

1. Ostatività e giurisprudenza costituzionale: dai primi raggi di sole .....	99
2. Interesse del minore e 4- <i>bis</i> : l'approccio della Corte costituzionale ...	104
3. 4- <i>bis</i> e sequestri: le sent. nn. 148 e 229 del 2019 .....	107
4. Alla "rivoluzione copernicana": la sent. n. 253 del 2019 .....	111
5. 4- <i>bis</i> , ergastolo "ostativo" e la giurisprudenza sovranazionale .....	114
5.1. ( <i>Segue</i> ) ... il caso Viola (n. 2) c. Italia .....	118
5.2. Possibili sviluppi: art. 7 CEDU? .....	121
6. Le norme "processuali ad effetti sostanziali" nel principio di legalità della pena? .....	124
6.1. 4- <i>bis</i> e delitti dei pubblici ufficiali .....	128
6.2. La sentenza n. 32 del 2020 .....	130
6.3. ( <i>Segue</i> ) ... e le possibili estensioni .....	133

### CAPITOLO 4 4-BIS E "OSTATIVITÀ ASSOLUTA" ALLA RIEDUCAZIONE

1. Reati e requisiti applicativi .....	137
1.1. Le condizioni soggettive .....	140
2. Questioni sul titolo: il tentativo .....	141
2.1. ( <i>Segue</i> ) ... e sul giudicato (anche estero). .....	141
2.3. ( <i>Segue</i> ) ... e sulla pena. Lo scioglimento del cumulo .....	142
2.4. ( <i>Segue</i> ) ... e ancora sul trattamento in Alta sicurezza .....	145
3. La collaborazione con la giustizia .....	148
3.1. La collaborazione "totale" .....	153
3.2. La collaborazione ex artt. 58- <i>ter</i> ord. penit. e 323- <i>bis</i> c.p. ....	155
4. La collaborazione irrilevante, impossibile e inesigibile .....	159
5. I collegamenti con la criminalità organizzata: onere della prova e informative .....	163
6. Il procedimento: domanda, accertamento e fase decisoria .....	166
6.1. Sulle impugnazioni .....	169
6.2. Procedimento <i>post</i> sent. 253 del 2019 e sue ricadute pratiche ...	171
7. Preclusioni: quadro di sintesi .....	176

**CAPITOLO 5 4-BIS E "OSTATIVITÀ PROBATORIA" TRA FAVOR REI E PRESUNZIONI ATTENUATE**

1. Reati presupposto e requisiti applicativi .....	185
2. I collegamenti con la criminalità: onere della prova e informative .....	186
3. Il delitto 575 c.p.: questioni controverse .....	187
4. Artt. 73, 80 d.p.r. n. 309 del 1990: incertezze applicative .....	189
5. Il regime "parzialmente" ostativo dei delitti contro il patrimonio .....	190
6. Immigrazione clandestina: "prima" e "seconda fascia" .....	191
6.1. Espulsione dello straniero .....	192
7. Procedimento: domanda, accertamento e fase decisoria .....	193
8. Sintesi delle preclusioni .....	194

**CAPITOLO 6 4-BIS E SEX CRIMES: "OSTATIVITÀ" PER TIPO D'AUTORE**

1. <i>Sex crimes</i> : definizioni e note di metodo .....	199
2. Emergenza "vittima": i reati sessuali, dal 1996 ad oggi .....	201
3. Ricadute penitenziarie: sezioni per "protetti" e "ibernazione" trattamentale .....	206
3.1. Esperienze di trattamento comparate .....	212
4. L'esecuzione della pena "differenziata" .....	215
4.1. ( <i>Segue</i> ) Presupposti per i reati di "prima fascia" .....	218
4.2. ( <i>Segue</i> ) ... e per i reati di "seconda fascia" .....	219
5. La c.d. "terza fascia": l'osservazione scientifica collegiale .....	220
6. Sostegno psicologico e reati contro i minori .....	222
7. Preclusioni e incapacità anche extrapenali .....	224
8. Quadro di sintesi .....	227

**CAPITOLO 7 4-BIS E RISVOLTI APPLICATIVI OLTRE LA NORMA, OLTRE L'ESECUZIONE**

A. Premessa. Note di metodo e quadro di sintesi per l'art. 4- <i>bis</i> ord. penit. .	231
A.1. Quadro di sintesi sull'art. 4- <i>bis</i> ord. penit. ....	236
B. Ricadute sull'esecuzione della pena detentiva e conseguenze sul <i>post</i> pena .....	241

---

C. Il 4-bis: dall'approfondimento del passato, ad uno sguardo verso il futuro .....	249
<i>Bibliografia</i> .....	253
<i>Indice analitico</i> .....	273

## Prefazione

L'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario), presidia, sul versante dell'esecuzione penale, le esigenze preventive connesse alla pericolosità criminale, costituendo il perno di quel sistema "a doppio binario" che caratterizza l'attuale disciplina in materia di applicazione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione.

Vero fulcro del sistema ostativo è il primo comma della norma, che preclude in via assoluta, per finalità di difesa sociale, l'accesso alle misure penitenziarie premiali (tranne la liberazione anticipata) ai condannati per taluno dei delitti ivi indicati, salva la collaborazione con la giustizia (artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit.), articolando un regime differenziato per i soggetti sottoposti a esecuzione di pena sulla base del (solo) titolo di reato per il quale è intervenuta la condanna in espiazione.

In forza della presunzione legale di pericolosità sociale integrata nella evocata disposizione penitenziaria, il condannato per determinati delitti sarebbe, in quanto tale, radicalmente immeritevole e incompatibile rispetto a un percorso rieducativo che si sviluppi attraverso misure o benefici esterni al carcere.

Tale giudizio di pericolosità presuntivamente ascritto al condannato giustificerebbe una selezione per "tipologia di autore" del regime penitenziario e trattamentale in concreto applicabile al soggetto detenuto.

Questo assetto — aspramente criticato in dottrina poiché essenzialmente espressione di scelte di politica criminale lontane dagli obiettivi costituzionali dell'esecuzione penitenziaria — è fondato sulla tipologia del reato commesso dal soggetto, senza che alcuna rilevanza sia attribuita all'entità della pena inflitta, alla personalità del condannato e all'evoluzione del trattamento, che recedono di fronte al dominio di logiche presuntive che si sostituiscono alla valutazione giudiziale, per la quale, evidentemente, il legislatore nutre profonda sfiducia.

Il sistema "a doppio binario", imperniato sullo stigma della condanna per un delitto "ostativo" piuttosto che sulla valutazione della personalità del condannato (e della sua eventuale positiva modificazione nel corso del tempo), offre non

pochi punti di frizione con il principio costituzionale della valenza rieducativa della pena intesa, in senso costituzionale, come recupero e reinserimento sociale del reo e sulla conseguente flessibilità, in termini quantitativi e qualitativi, della sanzione irrogata con la sentenza di condanna in rapporto alle esigenze rieducative del singolo condannato e all'evoluzione della sua personalità.

Fortemente compromesso è, altresì, il principio di legalità, intaccato per effetto di modifiche normative che incidono *post delictum* sul trattamento punitivo del condannato, ciclicamente introdotte dal legislatore sull'onda del *sentiment* ispirato dall'allarme sociale per la recrudescenza criminale. Di questo si è recentemente occupata la Corte costituzionale con la sentenza n. 32/2020, che — con una storica pronuncia — ha affermato la natura sostanziale e non processuale delle norme che disciplinano l'accesso alle misure alternative alla detenzione e, dunque, afferiscono alla dimensione "qualitativa" della pena inflitta.

Non sorprende affatto, su queste premesse, che il "4-bis" sia divenuto terreno di scontro tra quanti ne difendono la necessità in rapporto alle esigenze preventive e di difesa sociale e quanti, invece, si mostrano fermamente contrari alla logica del "doppio binario penitenziario", nei cui tratti intravedono una "controriforma" che sovverte l'ispirazione originaria che animava alla sua nascita l'Ordinamento penitenziario, che ora appare distorto e piegato alle finalità di difesa sociale, così venendo meno alla consegna per cui la — pur legittima — soddisfazione delle esigenze connesse all'esecuzione della pena non può, comunque, essere perseguita fino al punto di annullare la vocazione rieducativa della pena sancita dalla Costituzione e la connessa speranza del condannato di accedere ai benefici volti a favorire il suo recupero sociale.

Ecco perché scrivere di "4-bis" espone chi vi si cimenta ad un duplice e speculare rischio: quello di cadere nella trappola del "contro" o "a favore" del regime ostativo, deragliando dai binari dell'analisi ragionata delle norme e degli istituti coinvolti per adottare, invece, registri e toni propri più del *battage* politico-mediatico che della indagine scientifica; e quello — parimenti demotivante per il lettore e, in definitiva, altrettanto privo di utilità — della focalizzazione dell'analisi sui soli profili afferenti alla dimensione statica, considerando il "doppio binario penitenziario" nel solo contesto dell'esecuzione penitenziaria e perdendo, così, di vista alcuni dei profili più interessanti della ricerca scientifica, che vengono in luce quando la riflessione dello studioso si estende a considerare i rapporti del "regime ostativo" con alcune delle tematiche che più da vicino riguardano il tema del "punire" e del senso stesso della "punizione".

Si intende alludere ai punti di contatto e alle interessenze che uno sguardo grandangolare sul "4-bis" riesce a cogliere con la materia dei diritti fondamentali della persona umana e dei principi costituzionali e convenzionali che presidiano il terreno del processo penale e dell'esecuzione della pena: è proprio l'angolo

visuale privilegiato di chi voglia studiare il “doppio binario penitenziario”, quello che meglio di ogni altro riesce a individuare la stretta e indissolubile connessione — regolata dal principio di legalità — che intercorre tra il momento processuale che cristallizza l’an della pretesa punitiva e la fase esecutiva che ne determina il *quomodo*.

L’opera di Veronica Manca dimostra che è possibile evitare entrambi questi errori metodologici. L’analisi è felicemente contraddistinta da una prospettiva di ampio respiro ed offre — quale *unicum* nel panorama scientifico italiano — un’analisi aggiornata e scientificamente rigorosa della disciplina ostativa calata nella complessa prospettiva dei suoi rapporti con i principi costituzionali che modellano — per usare una iconica espressione di Andrea Pugiotto — il “volto costituzionale della pena”, volgendo altresì un attento sguardo alla sempre più profonda compenetrazione tra l’ordinamento interno e il diritto promanante dalle fonti europee, tra cui una posizione di assoluto rilievo assume il diritto prodotto dall’elaborazione delle Corti europee (CEDU e CGUE).

L’Autrice ci guida nel labirinto del “doppio binario” adottando l’unica metodologia espositiva realmente utile a comprendere — nella sua articolata complessità — la disciplina ostativa operando, cioè, un costante e puntuale raffronto tra le ragioni storiche e di politica criminale poste alla base della normativa emergenziale dei primi anni ‘90 e dei successivi sviluppi e l’elaborazione della giurisprudenza costituzionale e convenzionale.

Sottoposta al vaglio di costituzionalità, sotto il profilo del suo carattere discriminante (art. 3 Cost.) e contrario all’opzione rieducativa (art. 27, comma 3, Cost.), la disciplina differenziata è stata, infatti, profondamente rimodellata dalla Consulta che ha, in più occasioni, accolto i rilievi sollevati dalle corti di merito, adottando declaratorie di illegittimità costituzionale parziale dell’art. 4-*bis*, così operando un delicato e complesso “adattamento costituzionale” della disciplina restrittiva, in termini che il legislatore ha — in molti casi — recepito e trasfuso nel corpo della disciplina positiva (come è avvenuto, a es., con i *dicta* delle sentenze costituzionali nn. 357/1994 e 68/1995).

Sono ben note le “perplexità” sollevate dal Giudice delle leggi in relazione alle soluzioni normative contraddistinte da una “tipizzazione per titoli di reato non 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 perseguita” (Corte cost., sent. 306/1993).

Di questo profilo in particolare si è occupata la sentenza costituzionale 21 giugno 2018 n. 149, con cui la Corte ha censurato, alla luce dell’art. 27, comma 3, Cost., il carattere automatico delle preclusioni che, in materia penitenziaria,

bloccano o rendono più difficile l'accesso dei condannati alle misure alternative alla detenzione. Tali automatismi applicativi — ha osservato la Consulta — precludono al giudice qualsiasi valutazione individualizzata sulla persona del condannato violando il criterio "costituzionalmente vincolante" che esclude, nella materia dei benefici penitenziari, "rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso" (Corte cost., n. 436/1999), richiamando i precedenti arresti che già avevano bandito dalla prospettiva costituzionale presunzioni assolute di pericolosità correlate unicamente al titolo del reato commesso (Corte cost., n. 90/2017) giacché — se così fosse — la finalità retributiva e di difesa sociale finirebbe per obliterare quella rieducativa, instaurando un assetto "sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena" (Corte cost., n. 255/2006; n. 189/2010, n. 78/2007, n. 445/1997, n. 504/1995).

Fuori dal perimetro costituzionale si collocano, altresì, modifiche normative che determinano effetti totalmente obliteranti del trattamento risocializzante di cui il condannato si è dimostrato già meritevole (Corte cost., n. 137/1999).

L'elaborazione costituzionale — fortemente influenzata dalla posizione di unanime critica espressa dal mondo scientifico — ha condotto al punto di attuale massima proiezione dello sforzo di *reductio ad Constitutionem* della disciplina del "doppio binario", che consiste nell'affermazione per cui la presunzione legale di pericolosità sottesa alla tipizzazione per cataloghi di reati, integrando criteri legali di "prova", in tanto può ritenersi compatibile con l'assetto costituzionale, in quanto non costituisca presunzione assoluta e che sia consentito il vaglio del giudice, nel singolo caso, al fine di verificare se, nel caso concreto, sia validabile la diagnosi di pericolosità sociale cristallizzata dal legislatore nel contesto dell'ostatività normativa, dal momento che, in materia penitenziaria, è criterio "costituzionalmente vincolante" l'esclusione di "rigidi automatismi" normativi (Corte cost., sent. 436/1999), in adesione al principio della finalità rieducativa della pena, e del carattere personale della responsabilità penale, che rifiuta presunzioni assolute di pericolosità sociale tipiche di un diritto penale per "tipi di autore".

La maturata consapevolezza della difficile compatibilità del regime differenziato con il quadro costituzionale aveva ispirato il legislatore a ipotizzarne il superamento con una iniziativa, cristallizzatasi nel 2017 in un d.d.l. di iniziativa del Ministro della giustizia, per una legge di delega al Governo per l'adozione degli atti normativi volti alla "eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente

individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale” (art. 31, lett. e) d.d.l. cit.).

Tuttavia — come è noto — questa prospettiva riformatrice non ha mai visto la luce, così come lettera morta sono rimaste le proposte di riforma elaborate dagli Stati Generali dell’esecuzione penale. L’indicazione emersa dai lavori dei Tavoli tematici volta alla trasformazione della presunzione assoluta di pericolosità per gli autori dei particolari delitti indicati nell’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. in presunzione relativa, tale quindi da poter essere superata dal giudice di sorveglianza, sempre che risulti comunque l’assenza di collegamenti del soggetto con la criminalità organizzata ha dovuto, infatti, attendere di essere recepita non già dal legislatore ma dalla Corte costituzionale con la storica sentenza 253 del 2019.

Anche la giurisprudenza europea e, in particolare, la Corte di Strasburgo ha offerto un contributo determinante, con la nutrita scia giurisprudenziale che ha interessato l’istituto della “pena perpetua non riducibile” e — in questo contesto — il c.d. “ergastolo ostativo” italiano. Il fine di risocializzazione del condannato, perseguito attraverso una progressione nel percorso esecutivo, proporzionata ai risultati conseguiti dal trattamento penitenziario che, per dettato costituzionale, deve costituire il tratto comune a tutte le pene è, infatti, assente nel caso degli ergastolani “ostativi” e cede il passo ad una prospettiva di “fine-pena mai” che — come scrive Glauco Giostra — abbassando “le saracinesche sul trattamento rieducativo dei con-dannati”, preclude radicalmente la possibilità di accesso a benefici penitenziari e, in ultima istanza, al riacquisto della libertà.

La Corte di Strasburgo, con la sentenza del 13 giugno 2019, ha accolto il ricorso di dell’ergastolano Marcello Viola, individuando quattro punti di contrasto dell’istituto dell’ergastolo “ostativo” italiano con l’art. 3 CEDU: 1) l’ergastolo “ostativo” italiano è una pena *de jure* e *de facto* “riducibile” ai sensi dell’art. 3 C.E.D.U. 2) l’ordinamento italiano non offre all’ergastolano “ostativo” una concreta prospettiva di liberazione e una possibilità di riesame della detenzione al fine di verificare se essa sia ancora giustificata da punto di vista penologico 3) la possibilità di ridurre la pena perpetua solo tramite il meccanismo della collaborazione con la giustizia di cui all’art. 58-*ter* ord. penit. non soddisfa i criteri stabiliti dalla giurisprudenza europea 4) l’ergastolo “ostativo” non consente la risocializzazione del condannato.

Il nuovo punto di delicato equilibrio tra gli obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale associabili alla sanzione penale e “la finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell’istituto della pena” (Corte cost., sent. 313/1990) è stato, dunque, individuato in termini convergenti dalle Corti di garanzia nell’esigenza di restituire alla pienezza del vaglio del giudice la verifica, nel caso concreto, della effettiva sussistenza della concreta

pericolosità sociale del condannato, che dovrebbe esprimere la sintesi tra le esigenze preventive e quelle rieducative nel caso concreto.

È, infatti, la natura stessa della pena a non rendere costituzionalmente sostenibile la prevalenza normativamente predeterminata di una delle sue funzioni (in specie la funzione di difesa sociale) sulle altre e, allo stesso tempo, ad imporre che il magistrato abbia sempre la possibilità di compiere un bilanciamento discrezionale fra di esse, in modo tale che, a seconda delle circostanze del caso concreto, possa dare la prevalenza alla funzione generalpreventiva o a quella rieducativa.

Di questo profilo si occupa la parte finale del libro di Veronica Manca, che — proprio alla luce della più recente elaborazione costituzionale e, in particolare, della sentenza n. 32 del 2020 — tratteggia i contorni di un nuovo e più armonico rapporto tra il diritto penale sostanziale e quello processuale, individuando — in una sorta di “rivoluzione copernicana” — la fase dell’esecuzione penale quale “momento principe della punibilità”.

E su queste parole — confidiamo profetiche — dell’Autrice che si appoggia la speranza di un’esecuzione della pena che sia pienamente rispettosa della dignità umana e che ponga, una volta per tutte, la persona del condannato al centro della scena quale soggetto meritevole — per quanto sia grave il delitto commesso — di una speranza di recupero.

FABIO FIORENTIN