

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE

COLLANA SCIENTIFICA

Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?

Atti del Convegno
Cassino, Casa circondariale
20 gennaio 2020

a cura di Sarah Grieco e Salvatore Scalerà



euc
EDIZIONI UNIVERSITÀ DI CASSINO

2020

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE

COLLANA SCIENTIFICA

Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?

Atti del Convegno
Cassino, Casa circondariale
20 gennaio 2020

a cura di Sarah Grieco e Salvatore Scalera

euc
EDIZIONI UNIVERSITÀ DI CASSINO

2020

Copyright © 2020 – Edizioni Università di Cassino
CEA Centro Editoriale di Ateneo
Palazzo degli Studi – Località Folcara, 03043 Cassino (FR), Italia
Tutti i diritti riservati
ISBN 978-88-8317-109-3

Il contenuto del presente volume può essere utilizzato purché se ne citi la fonte e non vengano modificati il senso e il significato dei testi in esso contenuti.
Il CEA Centro Editoriale di Ateneo e l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale non sono in alcun modo responsabili dell'uso che viene effettuato dei testi presenti nel volume, di eventuali modifiche ad essi apportate e delle conseguenze derivanti dal loro utilizzo.

L'immagine di copertina riproduce l'unica finestra della cosiddetta *cella di Cagliostro*, presso la fortezza *La Rocca*, situata a San Leo (RN).

Crediti: Larry Yuma.

Fonte: Wikimedia Commons https://commons.wikimedia.org/wiki/File:San_Leo-la_cella_di_Cagliostro.JPG

Licenza: Creative Commons. Attribution-ShareAlike 3.0 Unported (CC BY-SA 3.0) <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/deed.en>

L'immagine originale ha subito un ritaglio di impaginazione.

Indice

Prefazione

Sarah Grieco e Salvatore Scalera 7

Saluti introduttivi

Giovanni Betta 13

Francesco Cocco 15

L'Università in carcere

Marella Santangelo 17

L'irragionevolezza delle presunzioni assolute sui percorsi dei singoli: premesse e contesto della sentenza n. 253 del 2019

Sarah Grieco 21

La sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria

Andrea Pugiotto 53

Riflessioni a margine della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale

Giuseppe Della Monica 71

Un intervento legislativo urgente nell'esigenza del contrasto ampio alle mafie

Federico Cafiero De Raho 103

Il lavoro della Corte nell'elaborazione e nella scrittura della sentenza n. 253 del 2019

Nicolò Zanon 113

<i>Dalla pronuncia costituzionale n. 253 del 2019, spunti per un intervento riformatore</i>	
Maria Antonia Vertaldi	119
<i>Essenza, legittimità e utilità della pena fino alla morte In margine a due importanti pronunciamenti giurisdizionali sull'ergastolo ostativo</i>	
Stefano Anastasia	123
<i>Rassegna stampa</i>	133

Prefazione

Siamo convinti che gli spazi fisici rivestano un significato. È per questo che, nonostante le innegabili complicazioni organizzative, il 20 gennaio 2020 abbiamo scelto proprio la Casa circondariale di Cassino come sede ideale per parlare di carcere e diritti.

Verso il superamento dell'ergastolo ostativo? è stato un evento, per così dire, corale, perché nato sì dall'iniziativa dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale e dalla sezione locale dell'Associazione Nazionale Magistrati, ma che ha visto, da subito, la collaborazione di altre istituzioni: l'amministrazione penitenziaria, che ha fornito tutto il supporto tecnico-organizzativo necessario al buon esito del Convegno; il Garante dei Detenuti della Regione Lazio, nella persona del prof. Stefano Anastasia che, in realtà, sostiene già da anni il lavoro di Unicas all'interno della Casa circondariale "San Domenico" ed è stato l'ispiratore di molti suoi progetti; il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Cassino che, assieme alla Conferenza Nazionale dei Delegati dei Poli Penitenziari e alla Presidenza del Consiglio Regionale del Lazio, nella persona dell'on. Mauro Buschini, hanno patrocinato l'incontro.

Hanno preso parte all'evento anche il Presidente del Tribunale di Cassino, dott. Massimo Capurso, e il Procuratore di Cassino, dott. Luciano D'Emmanuele.

L'ergastolo ostativo è un tema particolarmente critico, in quanto vengono a confrontarsi i principi costituzionali della risocializzazione della pena con la dura e serrata lotta alla criminalità organizzata e alle mafie presenti su tutto il territorio nazionale.

La nostra storia repubblicana ha visto, più volte, affiorare esigenze eccezionali nel contrastare, dapprima, le organizzazioni terroristiche, e poi quelle mafiose, con l'effetto di generare, nella politica criminale, quella che è stata definita «un'oscillazione pendolare». Il diritto penitenziario ha convissuto con tali emergenze criminali. E così, mentre nel '77 furono creati gli istituti di massima sicurezza, con l'allentarsi dell'allarme terroristico

venne introdotta la legge Gozzini; poi, le stragi di Capaci e di via D'Amelio, hanno ridisegnato il regime del 4-*bis*, come configurato oggi.

La gestione di tali fenomeni è attualmente assicurata, sul versante della giurisdizione, attraverso le preclusioni di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit., le quali inibiscono, ovvero ritardano, l'accesso alle misure alternative alla detenzione.

È dunque un problema di equilibri estremamente delicati, all'interno dei quali interessi diversi vengono inevitabilmente a contrapporsi: da un lato, ci sono persone recluse con i loro diritti e con l'esigenza, come sottolinea bene il prof. Andrea Pugiotto, di costruire attorno a loro un trattamento penitenziario che guardi al singolo condannato; dall'altro, l'interesse a garantire la funzionalità investigativa e a edificare una politica criminale efficace, per rispondere alle istanze di sicurezza della società di fronte a un fenomeno drammatico, come quello dell'associazione mafiosa.

A dire il vero, la pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 253/2019) – analizzata, o meglio, “radiografata” nel suo contenuto, e dibattuta nel corso del convegno – non riguarda direttamente la problematica dell'ergastolo ostativo, diversamente dal titolo di apertura posto, e non a caso, in forma interrogativa. Il dilemma della legittimità di una condanna a vita per il reo non collaborante, cioè di una pena fino alla sua morte – oggetto, invece, dell'altrettanto nota sentenza della Corte EDU, *Viola c. Italia* n° 2, pronunciata il 13 giugno 2019 e divenuta definitiva il 5 ottobre 2019 – resta sullo sfondo.

Indubbiamente, però, la sentenza n. 253 apre un varco. E lo fa attraverso argomentazioni diverse, a nostro avviso tutte apprezzabili e tutte condivisibili; a cominciare dalla valutazione sulla misura del permesso premio, un primo “spazio di libertà”, che consentirebbe un iniziale controllo sul detenuto che lascia il carcere, sia pure per periodi limitati di tempo. Ma la Corte costituzionale mina l'architettura dell'ergastolo ostativo, anche attraverso la censura delle presunzioni assolute, aspetto che merita un'attenta riflessione, soprattutto in chiave sistematica. Insomma, una “sentenza di compromesso”, come definita dal suo stesso estensore, che pone più questioni di quante ne dica espressamente.

I relatori d'eccezione presenti al Convegno hanno dato vita, generosamente, ad un confronto onesto sul tema, che ci ha consentito di rendere al meglio le distinte, e spesso distanti, posizioni che lo muovono. Abbiamo avuto non solo il contributo di sapiente dottrina, quale quella dei professori Andrea Pugiotto, che ha saputo scandagliare la sentenza in ogni sua parte con una chiarezza esemplare, e Giuseppe Della Monica, a cui si deve una riflessione di più ampio respiro sulla preclusione nelle pronunce della Corte e sulla condivisibilità, o meno, di giudicare insindacabili le scelte del legislatore nella individuazione dei reati ostativi. Ma abbiamo potuto ascoltare anche le voci, da un lato, del massimo esponente della lotta alle mafie nel nostro Paese, il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, il dott. Federico Cafiero De Raho e dall'altro, di chi è stato redattore e relatore della sentenza n. 253 del 2019, il Giudice costituzionale prof. Nicolò Zanon.

Il Procuratore, manifestando massimo rispetto istituzionale nei confronti della sentenza, nella sua lettura critica, ne apprezza l'attenzione rivolta al profilo probatorio e all'onere di allegazione dell'istante, auspicando, nell'ambito del procedimento, un contributo consultivo fondamentale della Procura Nazionale Antimafia, soprattutto alla luce della rilevante banca dati di cui dispone; incalzando, a più riprese, sulla necessità di una legge che dia delle indicazioni conformi ai dettati della Corte costituzionale, per poter proseguire più efficacemente nel contrasto alle mafie.

Superando il regime di presunzione assoluta, i giudici della Corte costituzionale riaffidano alla magistratura di sorveglianza il ruolo che le è proprio: una valutazione caso per caso, in relazione alle specificità del reato commesso e del beneficio richiesto; con un mandato, tuttavia, che richiede un controllo giurisdizionale estremamente sofisticato. Un rilevante punto di vista della Magistratura di Sorveglianza è stato espresso attraverso la voce del Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Roma, la dott.ssa Maria Antonia Vertaldi, che – ben consapevole della “qualità, incisività e delicatezza”, del controllo e del ruolo che la Sorveglianza dovrà svolgere con le sue decisioni in materia di permessi premio – pone alcune importanti riflessioni, esprimendo, peraltro, una posizione diametralmente opposta a quella auspicata dal Procuratore con riguardo all'accentramento – in prima battuta ma, anche in sede di reclamo – della competenza a concedere o negare il

permesso premio ai detenuti condannati, in analogia col procedimento applicato al 41-*bis*; considerando, invece, irrinunciabile il principio di prossimità.

Il Garante delle persone sottoposte a limitazioni della libertà personale evidenzia come, lungi da quel “liberi tutti” sbandierato dai detrattori all’indomani della sua pubblicazione, la sentenza in esame presenta un carattere “misurato”, con un intervento additivo in termini di prova dell’esclusione del “pericolo del ripristino” di collegamenti con la criminalità organizzata, che, a suo parere, «rischia di rendere quasi impossibile l’accesso ai benefici dei condannati ostativi, salvo che il giudice di sorveglianza non decida con molto coraggio e indubbia capacità divinatoria». Il Garante si congeda ponendo un interrogativo che travalica il diritto, sconfinando nel terreno della politica criminale: la reale utilità di una pena fino alla morte nel contrasto alle mafie.

Prendendo a prestito le parole del prof. Zanon, la decisione protagonista dell’incontro dello scorso gennaio, risponde di sicuro ad «un’ispirazione nitidamente di garanzia», eliminando quella che era di fatto un’afflizione aggiuntiva: la non collaborazione. Ma la sentenza n. 253 ha un anche un altro rilevante merito: risolvere quel contrasto che, inevitabilmente, la norma penitenziaria del 4-*bis* dell’ordinamento penitenziario pone rispetto alla funzione risocializzante della pena; quella “tendenziale funzione” che è esplicitamente prevista nell’art. 27 della Costituzione.

Sull’onda di questa riflessione, abbiamo deciso di cogliere l’occasione di un dibattito dedicato alla sentenza n. 253 del 2019, per procedere alla firma della nuova Convenzione sul diritto allo studio in carcere; progetto già attivo dallo scorso anno, ma arricchito, nella sua nuova veste, dalla collaborazione della stessa Associazione Nazionale Magistrati, a cui è stato affidato un ciclo di seminari, che funge da pregevole arricchimento dell’offerta formativa per gli studenti detenuti.

I magistrati della sottosezione di Cassino hanno ritenuto doveroso collaborare con le altre realtà istituzionali e sociali del territorio, anche nello svolgimento di attività non propriamente giurisdizionali, ma comunque legate al concetto di “legalità”.

Il carcere, la pena, è legalità. Senza legalità, la pena diventa crimine, un crimine di Stato. Secondo il noto principio del “contratto sociale” di Jean-Jacques Rousseau, *«l'individuo accetta che la sua libertà sia sacrificata al potere politico dello Stato e delle sue leggi e ne ha in cambio la sicurezza e la tranquillità dello Stato stesso, vigilando sui trasgressori e ponendoli, gli assicura»*.

La funzione sociale di attribuzione allo Stato dello *ius ponendi*, di matrice illuministica, è confermata da Cesare Beccaria, secondo il quale il fine della pena *«non è di tormentare e affliggere un essere sensibile, il fine non è altro che di impedire al reo di fare nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farlo uguale. Alla crudeltà della pena bisogna sostituire la certezza della stessa, che peraltro spaventa»*, sottolinea Beccaria, *«maggiormente il criminale rispetto a un'opposizione terribile ma incerta»*.

Se la pena deve essere legale nella sua comminazione – ossia, come stabilito dalla Costituzione, prevista dalla legge in violazione di reati tassativamente descritti, erogata da giudice naturale terzo e imparziale, al termine di un processo svolto nel contraddittorio delle parti – deve restare tale anche nella sua fase esecutiva. L'articolo 27, comma 3, della Costituzione, enuncia due principi fondamentali nell'ambito della pena: non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e deve tendere alla rieducazione del condannato. Dunque, la legalità della pena, passa anche per la sua funzione di risocializzazione, seppure nell'accezione dell'espressione “tendere” utilizzata all'art. 27 C.; quasi a voler rappresentare un limite all'ordinamento penitenziario, chiamato a garantire il processo rieducativo ma non a imporlo, restando libero il detenuto di aderire o no al trattamento. L'istruzione dei detenuti – nonostante la scarsità di risorse finanziarie e le note difficoltà dell'edilizia carceraria – è attività, o meglio opportunità da cogliere, poiché gioca un ruolo fondamentale, assieme a quella del lavoro, nel percorso di rieducazione del condannato tracciato dall'art. 19 dell'ordinamento penitenziario.

In tale contesto, anche i magistrati della sottosezione di Cassino, pur dedicandosi a quello che è il ruolo istituzionale e giurisdizionale di lotta al crimine, nella funzione inquirente e requirente, hanno deciso di dare il loro

contribuito in questo percorso di risocializzazione, nel prezioso lavoro già offerto dal polo penitenziario dell'Università di Cassino.

Abbiamo deciso di racchiudere gli esiti di quel fortunato incontro (di cui è comunque possibile recuperare il dibattito nella sua integralità, grazie alla sua registrazione audio-video, curata dal servizio pubblico di Radio Radicale) in un volume monografico accessibile anche a quanti non hanno potuto prendervi parte, per lasciare traccia di un ulteriore spazio di riflessione in grado di fungere da stimolo nel superare “certe stigmatizzazioni”, riportando il discorso sul piano della ragionevolezza anche in luoghi dove, come ricorda Papa Francesco, *«è più facile reprimere che educare, negare l'ingiustizia presente nella società e creare questi spazi per rinchiudere nell'oblio i trasgressori, che offrire pari opportunità di sviluppo»*.

Sarah Grieco

Salvatore Scalera

Saluti introduttivi

Devo ammettere che ho avvertito un particolare piacere nell'entrare qui, quest'oggi.

In passate occasioni, mi è capitato spesso di accedere, per visite ed impegni istituzionali, al carcere di Cassino; ma nel trovare per la prima volta le porte aperte, seppur accompagnate ovviamente da un rigoroso controllo, ho avvertito il senso, anche simbolico, di questa iniziativa.

Un ringraziamento particolare voglio rivolgerlo a tutti voi relatori che avete accolto prontamente il nostro invito, prestandovi generosamente ad un confronto onesto su un tema, per alcuni versi, scomodo. Noi ingegneri abbiamo la presunzione di riuscire a capire tutto, ma l'ambito giuridico è qualcosa di davvero molto lontano dal nostro campo. Nonostante questo, le vostre relazioni hanno consentito, anche ad un ingegnere come me, di cogliere i termini delicati di una questione che, vi confesso, non conoscevo nei suoi termini così approfonditamente.

Sigllare quest'oggi la convenzione che amplia la nostra interazione con la Casa circondariale all'Ordine degli Avvocati, dei Magistrati e al Garante delle persone sottoposte a misure restrittive, è un nuovo tassello nel nostro impegno formativo. Dietro l'esempio di autorevoli università italiane – che da anni hanno intrapreso un impegno costante all'interno delle carceri, col conseguimento di risultati importanti, anche in termine di numeri di laureati – assieme alla Conferenza dei rettori a livello nazionale, grazie alla nascita della CNUPP, stiamo realizzando un sistema che cerca, in qualche modo, di tradurre in termini concreti il diritto allo studio, anche in ambito carcerario.

Il nostro sforzo è quello di contribuire a far sì che il periodo di detenzione si tramuti veramente in un momento di recupero e di costruzione: acquisire abilità che, poi, potranno tornare utili nella vita futura fuori. Ma credo che lo studio sia oltremodo d'aiuto mentre si sconta la pena al suo interno, riempiendo quel senso di vuoto che accompagna molte giornate di reclusione.

Crediamo, come Università, anche con la promozione di iniziative come questa, che servono a rompere certe barriere, di svolgere il ruolo istituzionale che ci compete: da un lato, mettere in connessione istituzioni diverse;

dall'altro, offrire formazione, e quindi speranza, anche in realtà carcerarie come queste.

Cerchiamo, grazie anche alla preziosa collaborazione dell'istituzione penitenziaria che ci accoglie, di fare al meglio la nostra parte.

Giovanni Betta

Rettore dell'Università degli Studi
di Cassino e del Lazio Meridionale

Quando la dottoressa Grieco e il dott. Scalera ci hanno proposto l'idea di questo Convegno, ci siamo subito messi a disposizione per fornire tutto il supporto tecnico necessario, nonostante le scarse risorse a disposizione; per questo, mi preme ringraziare innanzitutto il provveditore regionale Carmelo Cantone, presente anche oggi, per averci sostenuto nell'organizzazione. Lo abbiamo fatto, non solo per il consueto spirito di collaborazione che ci anima nei confronti dell'Università di Cassino, con la quale abbiamo intrapreso più progetti, ma perché siamo convinti che un argomento controverso e dibattuto, come quello dell'ergastolo ostativo – anche alla luce delle due recenti sentenze, quella Viola della Corte Europea e quest'ultima della Corte costituzionale – meriti momenti di approfondimento. Sono contento che questo dibattito possa avvenire anche alla presenza dei nostri detenuti.

Come amministrazione penitenziaria, da circa due anni, abbiamo intrapreso un dialogo costante con l'Università, aprendo le porte a progetti che indubbiamente richiedono per noi un maggiore sforzo organizzativo; molti sono gli studenti che accedono settimanalmente al carcere e che sono impegnati nei vari progetti. Ma grazie anche all'impegno del nostro responsabile, l'educatore Tozzi – che è stato l'anima organizzativa anche dell'incontro odierno e al quale non può che andare il mio personale ringraziamento – credo che stiamo rendendo un buon servizio per i nostri detenuti; cercando di mettere a loro disposizione strumenti utili anche per il loro futuro, fuori di qui.

Oggi, all'interno del carcere di Cassino, vengono offerti settimanalmente servizi concreti ai detenuti: sia con lo “sportello per i diritti dei detenuti” che con il “diritto allo studio in carcere”.

Tutto questo ha fatto sì che la Casa circondariale “San Domenico” sia diventato un terreno di incontro e confronto fra più istituzioni; un luogo “aperto” dove l'Università, e, da oggi – grazie all'iniziativa della sezione di Cassino dell'Associazione Nazionale Magistrati e all'adesione dell'Ordine Forense di Cassino – anche magistrati e avvocati potranno svolgere lezioni e momenti di formazione e crescita. Ecco perché, al termine di questo convegno, ci sarà la sottoscrizione di una nuova Convenzione che potenzia

l'attuale offerta universitaria: i magistrati dell'ANM di Cassino, infatti – presenti anche qui oggi in una numerosa rappresentanza e che ringrazio vivamente per la presenza – hanno deciso di dare un loro personale contributo per i detenuti della Casa circondariale, offrendo, nel corso dell'anno accademico, seminari integrativi a supporto della didattica e non solo.

Saluto, infine, i nostri detenuti iscritti all'Università e presenti in sala: conosco bene i progressi che avete compiuto; ci complimentiamo con voi per l'impegno, per l'entusiasmo con cui state portando avanti il vostro percorso universitario; qualcuno è anche prossimo alla laurea. Fra poco quindi festeggeremo!

Dando a tutti voi il benvenuto, possiamo dare avvio ai lavori.

Francesco Cocco

Direttore della Casa circondariale
“San Domenico” di Cassino

L'Università in carcere

Marella Santangelo

Professore di Composizione architettonica e urbana del Dipartimento di Architettura dell'Università degli Studi di Napoli Federico II; Delegato del Rettore al Polo Universitario Penitenziario; Membro del Comitato Direttivo della CNUPP

Nella parte seconda del documento finale degli Stati generali per l'esecuzione penale si legge: «l'istruzione e la formazione professionale sono da considerare come diritti 'permanenti e irrinunciabili' della persona, nell'ottica di un processo di conoscenze e di consapevolezza che accompagna il soggetto per tutta la sua esistenza» e più avanti: «un'attenta considerazione merita altresì tutto ciò che attiene al diritto allo studio, in generale e, più specificamente, con riferimento all'esercizio di tale diritto da parte di coloro che sono iscritti ad un corso universitario. La strada da indicare sembra essere quella di insistere nella creazione di Poli universitari penitenziari, un'esperienza già largamente diffusa con esiti più che soddisfacenti. Occorre pertanto adoperarsi sia per una più capillare diffusione di tali Poli, sia per garantire che gli studenti-detenuti possano avvalersi di una crescente offerta di sussidi didattici, nel tentativo di ridurre la situazione di svantaggio che li caratterizza e di gratificarli per l'impegno che devono profondere»¹. Si può dire oggi, a quattro anni dalla conclusione del lavoro degli Stati generali, che ancora una volta l'Italia ha perso un'occasione importante; eppure qualcosa è accaduta e il tema dell'istruzione universitaria, obiettivo di rilevanza costituzionale, ha visto un impegno crescente a scala nazionale.

Nel 2018 si è finalmente formalizzato il Coordinamento dei responsabili di attività di formazione universitaria in carcere con l'istituzione della Conferenza Nazionale dei Delegati dei Rettori per i Poli Universitari

¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, Roma 2018, <https://www.giustizia.it>.

Penitenziari (CNUPP) presso la Conferenza dei Rettori delle Università Italiane²; questo non è stato semplicemente un passaggio formale, bensì ha rappresentato l'occasione concreta per mettere in connessione tutte le realtà dei poli esistenti sul territorio, dando un importante impulso a tutti gli Atenei nazionali, molti dei quali hanno risposto positivamente all'invito della CNUPP a dar vita a nuovi poli. Le Università hanno avviato la costituzione dei poli penitenziari prescindendo dalle dimensioni, tanto degli Atenei quanto degli istituti presenti sui territori, iniziando così un'azione capillare volta a esercitare il diritto-dovere di consentire, a coloro i quali sono in possesso dei requisiti, l'inalienabile diritto allo studio. A oggi, aprile 2020, i Poli Universitari Penitenziari in Italia sono 35.

Il tema della formazione è essenziale per offrire a tutti uguali opportunità, specialmente in una realtà complessa come quella penitenziaria. Recita l'art. 26 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani: «L'istruzione deve essere indirizzata al pieno sviluppo della personalità umana e al rafforzamento del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali». La pena detentiva consiste in definitiva in una sofferenza causata dalla privazione della libertà e dei diritti in un determinato periodo di tempo, questo significa che il tempo prestabilito dalla pena è un tempo perso se smette di essere un tempo in cui si "accumulano esperienze". La vacuità del tempo della detenzione è l'emblema di una concezione afflittiva della pena, un tempo nel quale l'uomo recluso è annullato nei diritti e immerso forzatamente nella realtà "infantilizzante" del carcere.

L'istruzione è uno degli strumenti fondamentali per la rieducazione, come sollecitato anche dall'ONU e dal Consiglio d'Europa; peraltro nell'ordinamento italiano si configura come uno degli interventi che l'amministrazione penitenziaria deve offrire ai detenuti. L'istruzione in generale, specialmente quella superiore universitaria, può rappresentare un mezzo per ripensare alla propria realtà personale in modo diverso e nuovo, per ricostruire la propria dignità perduta e schiacciata dalla condanna. Una pena rispettosa della dignità dell'uomo richiede un riconoscimento pieno dei diritti, tra i quali il diritto allo studio assume un enorme valore, pensando al

² <https://www.cruil.it/component/k2/contenuto/134-cnupp.html>.

futuro del recluso e alle potenzialità che può esprimere se messo in condizione di ritornare nella società con nuove competenze e consapevolezze.

In carcere si concentrano molte forme di ingiustizia e il principio dell'isolamento dall'esterno si autoalimenta, il carcere diviene così luogo fisico di esclusione e, al contempo, produttore di marginalità sociale per soggetti con minori possibilità di autodeterminazione.

Il mondo del carcere è una sorta di “universo parallelo”, all'interno del quale troviamo un'umanità sofferente e in difficoltà. Entrare in questa realtà è difficile, ma apre orizzonti insperati e, talvolta, inimmaginati. Ripartire dai diritti umani fondamentali significa ripensare totalmente il carcere che, da luogo di esclusione fisica e concettuale, può divenire il luogo da cui “rimettere in moto la vita” attraverso la cultura e la funzione educativa, che diviene così risposta al dettato costituzionale della funzione rieducativa della pena. I soggetti rinchiusi in carcere che scelgono di iscriversi all'Università scelgono di ricostruire la propria personalità e autonomia, di ritrovare sé stessi attraverso le opportunità di una formazione universitaria equivalente a quella esterna.

L'inizio delle attività del Polo Universitario Penitenziario dell'Università di Cassino rappresenta un momento molto significativo per la comunità locale e un tassello importante nel composito *puzzle* che si sta componendo sul territorio nazionale. La CNUPP lavora con il suo Presidente Franco Prina, il Comitato Direttivo e l'intera assemblea, per sostenere e affiancare le nuove esperienze, perché si rafforzi sempre più saldamente la rete nazionale, perché la Conferenza sia definitivamente riconosciuta come interlocutore istituzionale e come organo di rappresentanza della CRUI nel confronto con il Ministero della Giustizia e con le sue diverse articolazioni³.

L'Università in carcere attraverso i Poli Universitari può rappresentare il concreto superamento dell'istituzione totale delineata da Goffman: «un'istituzione è *totale* quando ha un potere particolarmente inglobante

³ Cfr. V. FRISO, L. DECEMBROTTO (a cura di), *Università e carcere. Il diritto allo studio tra vincoli e progettualità*, Guerini Scientifica, Milano, 2018.

sull'individuo»⁴, per indebolire questo potere bisogna mettere le persone recluse in condizione di sentirsi uomini a cui vengono riconosciuti tutti i propri diritti, pur se si sta scontando la propria pena. L'Università in carcere crea comunità, nel rispetto reciproco, in una condizione di condivisione di vita, questa volta scelta e non imposta. La comunità degli studenti reclusi si unisce alla comunità accademica arricchendo studenti e professori.

⁴ ERVING GOFFMAN, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, 1961, traduzione italiana: *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 2010.

L'irragionevolezza delle presunzioni assolute sui percorsi dei singoli: premesse e contesto della sentenza n. 253 del 2019

Sarah Grieco

Avvocato; Dottoranda di ricerca in Procedura penale; Delegata del Rettore al Polo Universitario Penitenziario dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Sommario: 1. L'ergastolo ostativo: storia di una riforma mancata. – 2. Le contraddizioni della Corte costituzionale: tra passi in avanti e battute d'arresto. – 3. I parametri costituzionali in gioco. – 4. L'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: l'imperativo categorico della sentenza Viola.

“L'ergastolo, pena che, priva com'è di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione... al ritrovamento del soggetto, appare crudele e disumano non meno di quanto lo sia la pena di morte”

Aldo Moro

Lezione del 13 gennaio 1976

Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli studi di Roma

1. L'ergastolo ostativo: storia di una riforma mancata

Il controverso istituto del c.d. “ergastolo ostativo” rappresenta, senza dubbio, uno dei principali effetti distorsivi dei meccanismi preclusivi che si ritrovano nelle maglie del nostro sistema¹.

Per i delitti ostativi indicati nella norma penitenziaria dell'art. 4-*bis*, comma 1, infatti, l'eventuale condanna all'ergastolo non consente, in assenza della collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit., l'accesso ai

¹ F. FIORENTIN, C. FIORIO, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 16.

benefici penitenziari, fatta eccezione per la liberazione anticipata che, tuttavia, non ha alcun effetto pratico su una pena che è condanna perpetua e immutabile; una “pena fino alla morte”.

Non c'è dubbio che l'ergastolo ostativo rappresenti una *species* dell'ergastolo ordinario: entrambi sono, oggi, accomunati dalla *perpetuità potenziale* della durata della pena. Certo, nell'uno – quello ordinario – prevale per così dire la “potenzialità”², mentre nell'altro – quello ostativo – tende a prevalere la perpetuità, con maggiore effettività. Tale parallelismo rende molto frequente che le argomentazioni contro l'uno, gettino ombre anche sull'altro. E tanto più gli argomenti critici contro l'ergastolo ostativo si dilatano e si moltiplicano, quanto più si prende coscienza che l'ergastolo «non è la soluzione dei problemi, ma un problema da risolvere», come affermato da Papa Francesco³.

Com'è noto, l'articolo 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, inizialmente previsto per permettere a colui che ha collaborato con la giustizia di avere accesso ai benefici penitenziari, in via preferenziale rispetto agli altri, vale a dire prima del decorso del termine ordinariamente previsto, è stato modificato dal decreto-legge n. 306 dell'8 giugno 1992, dopo il tragico attentato contro il giudice Giovanni Falcone, sua moglie Francesca Laura Morvillo e la sua scorta; l'istituto, successivamente alla riforma, ha visto così trasformarsi la “collaborazione” da beneficio a presupposto⁴ per l'accesso alle altre misure alternative alla detenzione⁵.

Tale modifica ha inciso sulla *ratio* di politica legislativa dell'art. 4-*bis* ord. penit., il quale, da norma di selezione riguardo alle misure rieducative, si è

² La presenza nel nostro ordinamento dell'istituto della liberazione condizionale (alla quale possono accedere anche gli ergastolani che abbiano trascorso 26 anni di pena detentiva, riducibili sino a un quarto per effetto della liberazione anticipata, qualora il detenuto abbia dato prova di partecipare all'opera di rieducazione) garantisce che, di diritto e di fatto, la pena perpetua possa essere non più tale.

³ Udienza del Papa concessa alla polizia penitenziaria il 14 settembre 2019.

⁴ R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Bologna, 2011, p. 167.

⁵ Sentenza *M. Viola c. Italia*, ricorso n. 77633/16, Strasburgo 13 giugno 2019.

trasformato in una norma di incentivazione dei comportamenti di collaborazione con la giustizia⁶.

Ciò, da un lato, snatura la norma e si pone palesemente in contrasto con la logica della risocializzazione che permea l'ordinamento penitenziario; dall'altro, risponde pienamente alle logiche della politica criminale di quegli anni. Come è noto, infatti, il legislatore incentrò buona parte della sua strategia di contrasto alla criminalità organizzata sul c.d. pentitismo⁷. È in questo solco che si colloca l'art. 4-*bis* ord. penit., il quale, anzi, diventa «norma di manifesta incentivazione verso i comportamenti di collaborazione con la giustizia [...] gli unici di per sé idonei a consentire il superamento del rigido divieto sancito dalla norma in esame»⁸.

Attualmente si tratta della massima pena più frequentemente irrogata dai giudici italiani: 1.255 il numero di ergastolani ostatici, a fronte di 1.790 condannati a vita, pari al 70,1% del totale. Approssimativamente, dunque, tre ergastolani su quattro sono ergastolani ostatici⁹. La ragione di un numero così elevato sta nel fatto che la maggior parte delle condanne a pena perpetua riguarda reati in materia di criminalità organizzata rientranti, appunto, tra le fattispecie ostatiche.

La Legge delega del 23.06.2017 n. 103 «*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la ragionevole durata dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*» (la c.d. riforma Orlando), rappresenta uno dei più importanti interventi riformatori in materia penale degli ultimi anni; ciò non solo per l'estensione dell'intervento, che spazia dal codice penale a quello processuale, alla legge di ordinamento penitenziario, ma per il suo

⁶ V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994.

⁷ B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, p. 131.

⁸ V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 10.

⁹ Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, dati aggiornati al 4 settembre 2019.

dichiarato intento di fungere da “riforma di principio”, per allineare alcuni settori strategici del nostro ordinamento penale con i principi costituzionali¹⁰.

Se questa è la *ratio* ispiratrice della riforma, non poteva di certo sfuggire, all'intervento riformatore, il settore penitenziario. È legittimo, infatti, chiedersi se i tanti meccanismi ostativi alla concessione di benefici penitenziari, presenti nelle pieghe dell'ordinamento, si collochino fuori dall'orizzonte costituzionale allorché, come è stato detto, la «penalità costituzionale alza lo sguardo dal reato per concentrarlo sugli uomini e la loro evoluzione»¹¹, affermando l'assoluta prevalenza della finalità rieducativa sulla difesa sociale.

Già la “Commissione Palazzo” – incaricata, con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013, di elaborare un progetto di riforma del sistema penale – aveva proposto la modifica delle disposizioni regolanti l'ergastolo ostativo, mettendo a punto un progetto del tutto equilibrato e in linea con le indicazioni che, oggi, emergono dalla sentenza Viola (cfr. *infra*). Quella proposta aveva il chiaro intento di trasformare la presunzione assoluta di pericolosità sociale in relativa, suggerendo la previsione di altre circostanze in grado di misurare il percorso di reinserimento e l'assenza di legami con l'associazione a delinquere, così da rendere accessibili la liberazione condizionale e gli altri benefici penitenziari¹².

Il Governo, su tale solco, aveva convocato, nel maggio 2015, gli “Stati generali dell'esecuzione penale”¹³, per un progetto di riforma del sistema penitenziario che contenesse nell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario

¹⁰ C. PARODI, *Riforma Orlando: tutte le novità*, in *Il penalista – Officina del Diritto*, Giuffré, Milano, 2017, p. 6.

¹¹ R. DE VITO, *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in *Questione Giustizia*, Fascicolo 1/2017, p. 2.

¹² Si introduceva, al termine del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* della legge del 26 luglio 1975, n. 354, il seguente periodo: «e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati».

¹³ Per sei mesi i problemi dell'esecuzione della pena sono stati al centro di analisi e dibattiti che hanno coinvolto studiosi, operatori, interlocutori della società civile, nel corso dei quali sono stati interpellati tutti i diversi portatori di interessi.

anche l'introduzione di un nuovo comma, in grado di offrire al condannato un'alternativa alla "non collaborazione", per poter accedere ai benefici; si trattava sostanzialmente di una condotta riparatrice verso le vittime e, più in generale, verso la società. Più in particolare, pur mantenendo fermo il combinato disposto di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit., si inseriva, al comma 1-*bis* dell'art. 58-*ter* ord. penit., l'ulteriore indice legale (diverso dalla collaborazione) dell'aver prestato attività riparatorie «che diano segno tracciabile sia del ravvedimento personale del detenuto sia della sua volontà di esteriorizzare tale percorso e renderlo fruibile alla società» (e alle vittime del reato¹⁴). Trovava, dunque, spazio quella condotta riparatrice che, a differenza della pena classica, basata sulla rimozione del fatto di reato e sulla separazione del condannato, consentirebbe un percorso comunque impegnativo per il responsabile di reato e per la persona offesa, ma idoneo ad agire sulla possibilità di lasciare alle spalle il passato senza risentimenti. Una sorta di «oblio attivo»¹⁵ che, a differenza del tempo passivo della pena carceraria, non lascia incatenati colpevoli e vittime allo strappo del reato e li proietta verso il futuro.

Incisive, inoltre, le proposte di modifica che si intendeva apportare al co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., con una parziale riscrittura dello stesso, al fine di circoscrivere le preclusioni ai soli delitti di "prima fascia"¹⁶, ovvero quelli

¹⁴ Documento finale de *Gli stati generali dell'esecuzione penale*, 19 aprile 2016.

¹⁵ R. DE VITO, *L'orologio della società*, cit., p. 10.

¹⁶ L'art. 4-*bis* ord. penit. pone una disciplina differenziata riguardo ai reati con matrice o sfondo associativo (cosiddetti reati di prima fascia), per i quali la concessione dei benefici penitenziari è subordinata all'utile collaborazione del condannato con la giustizia e all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (commi 1 e 1-*bis*); ad un complesso di altri reati (cosiddetti reati di seconda fascia, tra cui la rapina aggravata), considerati dal legislatore sintomatici di una particolare pericolosità sociale dell'autore, per i quali è necessario l'accertamento dell'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (comma 1-*ter*); ad un ulteriore catalogo di reati (cosiddetti reati di terza fascia), per i quali la concessione dei benefici penitenziari può avvenire sulla scorta di una complessa valutazione circa la personalità del condannato e la sua evoluzione (comma 1-*quater*).

associativi inerenti la criminalità organizzata e il fenomeno del terrorismo¹⁷; si proponeva, altresì, di capovolgere la prospettiva della prova (da negativa a positiva) incumbente sull'autorità pubblica circa l'attualità del collegamento con la criminalità organizzata: non più la dimostrazione dell'assenza di legami con la consorteria criminale di appartenenza, ma l'indicazione di elementi che manifestino l'attualità della pericolosità del soggetto rispetto al proprio contesto criminale e sociale¹⁸.

I principi ed i criteri direttivi della delega, dettati in relazione alla riforma della legge di ordinamento penitenziario (la legge del 26 luglio 1975 n. 354), si incardinano in questo contesto, in quanto spaziano dalla semplificazione del procedimento di sorveglianza, all'ampliamento delle condizioni di accesso alle misure alternative alla detenzione, fino all'introduzione di strumenti di giustizia riparativa.

In particolare, l'art. 1, comma 85, lettera e), delegava al Governo il potere di sopprimere gli automatismi che impediscono l'individualizzazione del trattamento rieducativo penitenziario e di riformare il regime di accesso ai benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo, esclusi i casi di eccezionale gravità e pericolosità e, in ogni caso, i delitti collegati a mafia e terrorismo.

Il raggiungimento di tali obiettivi, con la conseguente eliminazione della visione carcerocentrica della pena, passava per l'individuazione di strumenti di superamento delle preclusioni, per l'implementazione delle condizioni di accesso alle misure alternative con un arricchimento dei loro possibili contenuti e la predisposizione di più stringenti criteri per assicurare il rispetto delle prescrizioni imposte dal magistrato, attraverso il controllo degli u.e.p.e., i quali si sarebbero potuti avvalere anche dell'ausilio della polizia penitenziaria; fino all'introduzione di strumenti di giustizia riparativa¹⁹.

¹⁷ P. BRONZO, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in www.lalegislazionepenale.eu, 18 gennaio 2018, p. 6.

¹⁸ Cfr. F. FIORENTIN, *Le conclusioni degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016, p. 11.

¹⁹ C. PARODI, *I principi e criteri direttivi della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Riforma Orlando: tutte le novità*, cit., p. 131.

Venivano bandite le presunzioni legali di irrecuperabilità sociale, riconoscendo ad ogni condannato, anche al condannato all'ergastolo, il diritto alla speranza, che rappresenta spesso una spinta motivazionale in grado di promuovere positive evoluzioni psico-comportamentali. Da ciò, la rinuncia all'opzione carcerocentrica in favore di una più coraggiosa scelta di recupero del soggetto delinquente, mediante lo spostamento del baricentro dell'esecuzione penale verso *sanzioni di comunità*, meno onerose per lo Stato e meno desocializzanti per il condannato, «chiamato anche ad adoperarsi *nella e per la collettività*»²⁰.

In particolare, con riguardo al co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., il primo schema di decreto legislativo si muoveva nella direzione di limitare l'inclusione nel co. 1 (c.d. prima fascia) alle fattispecie associative, ai delitti finalisticamente collegati e ai soggetti che abbiano rivestito una posizione apicale all'interno dell'organizzazione criminale. Si chiedeva, inoltre, la sussistenza di un duplice requisito: la presenza di una sentenza definitiva di condanna, che abbia accertato il delitto associativo, e la posizione di rilievo nella consorteria criminale da parte del condannato. Dal raggio di operatività del co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., venivano espunti, invece, altri delitti, strutturalmente diversi e a condotta monosoggettiva, ricondotti nel co. 1-*ter* dell'art. 4-*bis* ord. penit., per cui non era necessaria la previa collaborazione con la giustizia per l'accesso ai benefici penitenziari, ma solo la prova negativa dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

Per l'esame di tali modifiche, è d'obbligo coniugare i verbi al passato. Con l'approvazione dei d.lgs. nn. 123 e 124 del 2 ottobre 2018, è stata sancita, a cavallo fra due legislature, la parziale eclissi del più articolato progetto di revisione, in senso costituzionalmente orientato, dell'ordinamento penitenziario. Come noto, nonostante i richiami internazionali e i dati statistici, si è assistito ad un sostanziale arresto, sia sul fronte delle "pene di comunità", come vengono definite in ambito europeo le misure alternative,

²⁰ G. GIOSTRA, *Un grande futuro dietro le spalle. Qualche riflessione introduttiva*, in *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo" carcerario*, Giappichelli, Torino, 2019, p. XI.

che sulla disciplina dell'ostatività²¹. Il Governo insediatosi, infatti, spinto da intuibili questioni securitarie, ha preferito adottare una riforma penitenziaria parziale, deliberando di non attuare la delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e all'individualizzazione del trattamento penitenziario che facesse a meno degli automatismi preclusivi; limitandosi a riforme volte, principalmente, alla semplificazione dei procedimenti²².

Inoltre, sebbene la preclusione ostativa sia stata originariamente pensata per la criminalità associativa o addirittura organizzata, con un'operazione davvero singolare, il legislatore ha inserito, tra i reati comportanti la preclusione ostativa delle misure alternative, anche un folto gruppo di delitti, ancorché puniti con pene temporanee, ed impiegando così «strumenti tradizionalmente riservati alla criminalità organizzata per tamponare le contingenze del momento»²³. Emblematico, su questo fronte, l'ingresso nella clausola di reati sovente mono-soggettivi, come quelli a sfondo sessuale, per i quali il legislatore, al fine di placare l'onda emotiva suscitata da alcuni episodi di violenza²⁴, ha rinunciato all'ispirazione rieducativa della pena a

²¹ V. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 2019/2, p. 22.

²² Sulla legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario, cfr. P. CORVI, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di BACCARI, BONZANO, LA REGINA, MANCUSO, CEDAM, Milano, 2017, pp. 602 ss.; F. FIORENTIN, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. SPANGHER, Pacini, Pisa, 2017, pp. 309 ss.; ID., *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, a cura di A. MARANDOLA, T. BENE, Giuffré, Milano, 2017, pp. 415 ss.

²³ C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ, *Il "pacchetto sicurezza"*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 396.

²⁴ Pochi giorni prima dell'adozione del decreto legge, il 14 febbraio del 2011, infatti, destò l'attenzione dell'opinione pubblica un episodio di violenza sessuale ai danni di una ragazza minorenni, conosciuto come lo stupro della Caffarella, ultimo di una serie di eventi che

vantaggio di «scopi di prevenzione speciale e tutela della sicurezza pubblica»²⁵.

Ne esce, in tal modo, rafforzata una scelta di selezione dei destinatari delle regole penitenziarie “speciali” fondata sull’indimostrato assunto secondo il quale la pericolosità del reo va misurata, pur dopo la condanna, non tanto sulla pena irrogata dal giudice, in ragione della fisionomia e concreta gravità del fatto commesso e della personalità del suo autore, quanto sulla natura astratta del reato e sui suoi profili sanzionatori; malgrado proprio questi siano sovente oggetto di interventi normativi tanto disorganici quanto sproporzionati alla reale serietà delle condotte²⁶. Da ultimo, con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, quelli contro la pubblica amministrazione (compreso il peculato, che non sia d’uso).

Gli effetti di questa espansione preclusiva sono destinati ad andare al di là delle stesse intenzioni del legislatore, poiché molte fenomenologie criminose, che pur rientrano formalmente nelle fattispecie ostative, non hanno nulla a che vedere con i reati associativi, dando vita ad un elenco di reati ostativi «complesso, eterogeneo e stratificato»²⁷.

scosse particolarmente l’opinione pubblica (qui si ricordano lo stupro e l’omicidio di Giovanna Reggiani, avvenuto alla stazione di Tor di Quinto a Roma, il 30 ottobre del 2007, e la violenza sessuale a Guidonia del 22 gennaio del 2008). Attorno a questi episodi è nata una vivace campagna di sicurezza pubblica da parte di determinate forze politiche, in quanto tutti questi crimini erano stati commessi da immigrati; per una riflessione sul collegamento fra fatti di cronaca, criminalizzazione dell’immigrazione e ruolo dei media si veda M. MANIERI, *I media e la guerra alle migrazioni*, in S. PALIDDA (a cura di), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, BOA (Bicocca Open Archive), Milano, 2009, Agenzia X, pp. 66 ss. e spec. pp. 67-68.

²⁵ T. BENE, A. MARANDOLA, *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, cit., p. 957.

²⁶ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell’esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 486.

²⁷ Parole prese a prestito dalla stessa Corte costituzionale, adoperate nelle sentenze nn. 239/2014, 32/2016 e 76/2017.

2. Le contraddizioni della Corte costituzionale: tra passi in avanti e battute d'arresto

Su questo terreno argomentativo, di per sé non poco scivoloso in ragione delle evidenti implicazioni criminologiche sempre molto fluide, la giurisprudenza costituzionale sembra orientata ad escludere, in linea di principio, la legittimità di rigidi automatismi in materia di benefici penitenziari²⁸. Sarebbero, pertanto, incompatibili con tale opzione di fondo «previsioni, che precludano in modo assoluto l'accesso a un beneficio penitenziario in ragione soltanto della particolare gravità del titolo di reato commesso, riflessa dall'inclusione di quest'ultimo in un catalogo, quale quello ex art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 cui si ricollegano, a vari livelli, indici presuntivi di pericolosità che – a prescindere da ogni considerazione circa l'estrema eterogeneità dei titoli inclusi – parrebbero potersi ritenere legittimi solo nella misura in cui gli stessi risultino, in concreto, agevolmente vincibili»²⁹.

La Corte – “coadiuvata” dalla migliore parte della magistratura di sorveglianza e della giurisprudenza di legittimità, che stanno proponendo letture illuminate della normativa esistente e sollevando questioni di costituzionalità, laddove questa dissenta dai precetti della Carta fondamentale³⁰ – sta tenendo la rotta, introducendo, come per la sentenza n. 253 del 2019, attraverso ineccepibili declaratorie di incostituzionalità, quelle soluzioni scartate dall'ultimo legislatore in sede di approvazione della riforma. Al punto che, talvolta, sembra delinearsi una sorta di riforma per via giurisprudenziale.

Tale rotta ha conosciuto, tuttavia, passate e recenti battute di arresto, con sentenze come la n. 188 del 2019³¹. La questione aveva ad oggetto la

²⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 149/2018, 255/2006, 189/2010 e 291/2010. In particolare, nella sentenza n. 149/2018 la Corte sostiene che la fase esecutiva deve «declinarsi (...) come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena».

²⁹ Corte di cassazione, ordinanza del 18 febbraio 2019 (r.o. n. 89 del 2019).

³⁰ G. GIOSTRA, *Un grande futuro dietro le spalle*, cit., p. XIV.

³¹ Corte costituzionale, sentenza n. 188/2019.

preclusione ostativa discendente dal reato di sequestro di persona attenuato dalla particolare lievità del fatto, proprio sull'assunto che, questa particolare fattispecie del reato ostativo, non sarebbe espressiva di criminalità organizzata e, dunque, rispetto ad essa, sarebbe irragionevole la preclusione.

Tralasciando la considerazione che l'attenuante speciale attiene al momento commisurativo della pena, mentre la preclusione si fonda sul titolo criminoso, la Corte, limitandosi a prendere atto dell'evoluzione legislativa dell'art. 4-*bis*, ha ritenuto che, ormai, la presunzione e la sua funzione ostativa siano svincolate dalla dimensione associativa ed organizzata dei reati ivi elencati, ritenendo, piuttosto, che essa si configuri come un mero inasprimento sanzionatorio per tipologie criminoso caratterizzate da un allarme sociale particolarmente elevato.

La sentenza n. 188/2019 si risolve, in sostanza, in un asseccamento della tendenza legislativa ad incrementare il numero dei reati ostativi, sulla base di un criterio d'inclusione come l'allarme sociale, di per sé incerto, privo di qualunque dignità costituzionale e suscettivo di un impiego generalizzato e incontrollato.

Sembra, inoltre, ignorare come, anche ammesso che l'allarme sociale possa giustificare quel tipo di inasprimento sanzionatorio, la struttura normativa della preclusione sia razionalmente incongrua rispetto allo scopo: l'accesso alle misure alternative, infatti, è condizionato da un comportamento del condannato – tanto nel primo che nel secondo comma dell'art. 4-*bis* – che presuppone necessariamente la dimensione associativa, o quantomeno concorsuale, del reato ostativo; mentre, al contrario, ormai la lista dei reati ostativi è piena di fattispecie che ben possono essere realizzate al di fuori di qualunque realtà associativa, con l'assurda conseguenza che, rispetto a questi, la preclusione non sarebbe mai vincibile³².

³² F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le due Corti. Atti del Seminario*, Università di Ferrara, 2019, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Forum quaderni costituzionali Rassegna, fascicolo n. 10 del 2019, p. 14.

Nella stessa direzione si muove la recentissima sentenza n. 50 del 2020³³ in tema di non applicabilità della detenzione domiciliare ex art. 47-ter, comma 1-bis, ord. penit. al delitto di rapina aggravata. I giudici della Corte, dopo aver sottolineato la mancata attuazione della riforma Orlando, proprio in tema di presunzioni, ribadiscono che «l'equilibrio che attualmente caratterizza la disciplina censurata costituisce comunque espressione di discrezionalità, opinabile sul piano delle scelte di politica penitenziaria, ma non in contrasto con il principio costituzionale di finalizzazione rieducativa della pena (art. 27, primo e terzo comma, Cost.), e non irragionevole al punto da integrare una lesione ex art. 3 Cost».

Tale tendenza – che si pone nel solco di precedenti pronunce che, pur mostrando preoccupazione per l'eco del diritto penale d'autore, che si scorgeva nella disciplina, hanno sostanzialmente avallato il regime penitenziario differenziato – è ancor più allarmante perché, consolidandosi così il regime preclusivo, si rafforza, nel contempo, anche l'ergastolo ostativo per quei reati che lo prevedono, visto e considerato che il perno e il “vizio” di fondo dell'ergastolo ostativo sta proprio, non tanto nella perpetuità potenziale dell'ergastolo, quanto piuttosto nella preclusione ostativa, che rende più probabile la perpetuità *de facto* della pena³⁴.

³³ Corte costituzionale del 18 marzo 2020, n. 50. La Suprema Corte – investita di un ricorso, per un caso per tentata rapina aggravata, realizzata mediante minaccia consistita nel puntare contro la vittima una pistola giocattolo priva del tappo rosso, e di rapina aggravata, consumata mediante minaccia consistita nel puntare contro la vittima un coltello, con impossessamento della somma di 180 euro – aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, in riferimento agli artt. 3, primo comma e 27, primo e terzo comma Cost., nella parte in cui esclude l'applicabilità della detenzione domiciliare per l'espiazione della pena non superiore a due anni, anche se costituente residuo di maggior pena, in caso di condanna per reati di cui all'art. 4-bis ord. penit.

³⁴ F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 5.

Di fatto, l'art 4-*bis* continua a rappresentare lo strumento privilegiato per una differenziazione esecutiva fondata sul titolo di reato³⁵, nonostante l'art. 13 dell'ordinamento penitenziario³⁶ – in ideale contrappunto all'art. 220, comma 2 c.p.p.³⁷, che invece richiama l'attenzione a fatti storici puntuali – sia chiaramente prescrittivo di un trattamento, e di una conseguente giurisdizione, che mettano a fuoco non più la fotografia di un accadimento storico, ma la personalità dell'uomo, la sua costruzione fisica, esistenziale e sociale, il suo sviluppo e le auspicabili trasformazioni.

3. I parametri costituzionali in gioco

«Sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze, ma astratte scelte di politica legislativa». Così osservava, già molti anni fa, Alessandro Pace, in merito alle presunzioni legali in materia di misure di sicurezza. *«Per tali ragioni»* – continuava l'autore – *«il discorso non può che avere ad oggetto la verifica della compatibilità di queste astratte scelte legislative con la Costituzione»*³⁸.

Facendo proprio questo insegnamento, occorre interrogarsi sui principi costituzionali minati dall'architettura dell'art. 4-*bis* e del suo regime presuntivo.

³⁵ Cfr G. DELLA MONICA, *La irragionevolezza delle presunzioni che connotano il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi. Riflessioni a margine della sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, in questa pubblicazione.

³⁶ Art. 13 ord. penit. «Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale».

³⁷ Art. 220, comma 2 c.p.p. «Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza non sono ammesse perizie per stabilire [...] il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». È una norma, questa, che al di là della sua rilevanza pratica, presidia giudizi basati sulla concreta offensività delle condotte e ammonisce sulla necessità di evitare decisioni che possano trarre argomenti risolutivi, sia pure a livello di sfondo alogico della motivazione, dalla personalità dell'imputato e dalle sue qualità.

³⁸ A. PACE, *Misure di sicurezza e costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 191 e ss.

Partiamo, allora, dall'assioma di fondo. La collaborazione con la giustizia, ad eccezione delle ipotesi di impossibilità e di inesigibilità³⁹, rappresenta la condizione preliminare ad ogni valutazione del percorso di reinserimento del condannato⁴⁰, quale "dimostrazione tangibile" della dissociazione. Il legislatore, con l'inserimento di tale articolo di legge, si è fissato, come visto, un chiaro obiettivo di politica criminale, privilegiando le finalità di prevenzione generale, chiedendo ai condannati di dare "prova di collaborazione"; strumento considerato di importanza fondamentale nella lotta contro il sistema mafioso⁴¹. Il regime differenziato che ne deriva troverebbe giustificazione nella presunzione di pericolosità del reo, legata al tipo di reato per il quale è stato condannato. Quello di associazione mafiosa, reato permanente, presuppone l'esistenza di un vasto programma criminale, proiettato nel futuro e senza limiti temporali e lo stato detentivo non implica la cessazione automatica della partecipazione a tale organizzazione; il rapporto associativo cessa solo nel caso di rottura dell'accordo consortile o del legame individuale o di esclusione da parte degli altri consociati⁴².

Come tale finalità di politica criminale – quella che è stata definita l'anima "opportunistica" della norma⁴³ – possa conciliarsi con i principi costituzionali della dignità, proporzione, individualizzazione⁴⁴, ragionevolezza, razionalità e risocializzazione della pena⁴⁵ – principio, quest'ultimo, strettamente

³⁹ La Suprema Corte, con sentenza del 24 ottobre 2017, n. 47044, ha inteso come "impossibile" la collaborazione quando fatti e responsabilità sono stati già rilevati o chiariti; "inesigibile" quando il condannato, per il suo ruolo marginale all'interno dell'organizzazione criminale, non è in grado di conoscere fatti e responsabilità riguardanti i livelli superiori dell'organizzazione.

⁴⁰ L'altro diritto onlus (<http://www.altrodiritto.unifi.it>) – Osservazioni del Centro di documentazione, Università degli studi di Firenze, terzi intervenienti in *Sentenza M. Viola c. Italia*, cit.

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 306/1993.

⁴² Cassazione penale, sentenza del 7 ottobre 2014, n. 46103 Rv. 261272.

⁴³ F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, cit., p. 10.

⁴⁴ Cfr Corte costituzionale, sentenza n. 222/2018.

⁴⁵ Sul principio di «progressività trattamentale e flessibilità della pena», ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale, durante l'intero arco dell'esecuzione della pena e sulla posizione della finalità rieducativa della pena nel quadro

connesso a quello della “progressione trattamentale”, su cui tutto il sistema penitenziario italiano si fonda⁴⁶ – è di difficile (o meglio, impraticabile) soluzione.

L'automatismo legislativo che vede il detenuto, non collaborante, escluso da ogni beneficio, introduce una presunzione di pericolosità dal carattere assoluto, legata ad un'ampia ed eterogenea categoria di delitti che preclude, *de facto*, ad alcun giudice una valutazione su evoluzione e progressi del detenuto, “congelandone” la personalità al momento del reato commesso, contraddicendo la funzione stessa di risocializzazione, che dovrebbe garantire alla persona di rivedere criticamente il proprio percorso criminale, ricostruendo la propria personalità⁴⁷.

La pena infinita che ne scaturisce, rappresenta una negazione dell'umanità e della finalità rieducativa, per il solo fatto che preclude un percorso, una possibilità di riscatto e di nuova libertà; trasformando il “soggetto in oggetto”, privandolo della sostanza stessa della propria umanità, di quel residuo di libertà e di responsabilità verso il proprio futuro che nessuna pena può legittimamente cancellare⁴⁸.

Tale pena è, dunque, viziata perché in contrasto con molti parametri costituzionali, spesso intrecciati fra di loro in quanto corollari l'uno dell'altro.

È una pena incostituzionale perché dal carattere perpetuo e fisso, che rende irrilevante il percorso rieducativo del reo – relegato, quasi, in una dimensione privata e interiore, priva di rilevanza sociale – in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. Né si può ritenere soddisfatta tale finalità costituzionale con il recupero dell'ergastolano alla (sia pur limitata) vita di relazione nella comunità carceraria. In tal modo si realizzerebbe quello che – con neologismo di matrice anglosassone (*prison*) – è definito fenomeno di

della sua disciplina normativa e nel contesto della sua esecuzione, da ultimo Corte costituzionale, sentenza n. 149/2018.

⁴⁶ F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, *Materiali e Studi di Diritto Pubblico*, Giappichelli, Torino, marzo 2018, p. 15.

⁴⁷ Cfr. *Murray c. Paesi Bassi*, sent. 26 aprile 2016 § 102.

⁴⁸ S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Ediesse, Roma, 2009, p. 17.

“prisonizzazione”, per cui il recluso abdica alla propria identità e finisce per identificarsi con l’istituzione penitenziaria, elevata a unica condizione esistenziale possibile⁴⁹.

Ma l’art. 4-*bis* è contrario anche all’art. 117, comma 1, Cost. integrato dall’art. 3 CEDU, perché conduce ad una pena perpetua non riducibile (cfr. *infra*).

In quanto pena conseguente a illegittimo automatismo normativo, contrasta col principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 Cost, che impone trattamenti punitivi ragionevolmente differenziati in base all’entità del fatto e alle condizioni personali del reo: esigenza soddisfatta attraverso gli artt. 132 e 133 c.p., che guidano l’esercizio della discrezionalità sanzionatoria del giudice.

Automatismo e fissità dell’ergastolo, oltre a privare il condannato del suo diritto di difesa, presidiato dall’art. 24 Cost., collidono pure col comma 1 dell’art. 27 Cost.: affermando che «la responsabilità penale è personale», il parametro include (anche) la necessità di un’individualizzazione (nella specie e nella durata) della pena, che deve essere quanto più commisurata alla specificità e unicità della persona colpevole, oltre che all’entità del fatto di reato.

Infine, ma non certo per importanza, in quanto pena *fino* alla morte, il carcere a vita è caratterizzato da quell’assolutismo retributivo che connota la pena capitale, in aperta violazione del comma 4 dell’art. 27 Cost.⁵⁰, riducendosi, inevitabilmente, ad un trattamento equivalente alla tortura (in violazione degli artt. 10 comma 1, 13 comma 4 e 117 comma 1, Cost.).

I citati profili di incostituzionalità vanno, tuttavia, contemperati con le esigenze di politica criminale sottostanti e, pertanto, analizzati sotto la lente della razionalità empirica, prima, e teleologica, poi, della presunzione.

⁴⁹ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell’ergastolo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 marzo 2013, p. 12.

⁵⁰ La nuova formulazione dell’art. 27, comma 4, Cost., introdotta con l. cost. n.1, del 2 ottobre 2007, ha abolito incondizionatamente la pena di morte, confermando l’illegittimità di pene esclusivamente retributive aventi – come l’ergastolo – la morte del condannato quale orizzonte temporale. Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell’ergastolo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit., p. 16.

La giurisprudenza della Consulta ha, nel tempo, chiarito che le presunzioni legali assolute, anche nel campo dell'esecuzione penale, sono ragionevoli (e quindi accettabili) tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti in linea con i dati di esperienza generalizzati, posti a base della presunzione stessa⁵¹. Se così è, il giudizio si sposta, allora, sulla verifica della condizione che la presunzione sia dotata di intrinseca razionalità, ovvero che sia rispondente all'*id quod prelorumque accidit*⁵². Ed anche qui la previsione è carente: si subordina la concessione dei benefici a comportamenti che non sempre sono adeguatamente significativi di un autentico ravvedimento. La realtà dei fatti svela che la mancata collaborazione – ove questa sia esigibile – non è sempre frutto di una “libera” scelta del condannato, se con tale espressione ci si riferisce a una scelta che coinvolge, nel bene e nel male, solo colui che è chiamato a farla.

Prendendo a prestito le parole della stessa Corte costituzionale, con una sentenza datata ma illuminante, se la collaborazione con la giustizia costituisce una presunzione della dissociazione ed un indice favorevole nel positivo sviluppo di reinserimento, non è, tuttavia, vero il contrario: vale a dire che l'assenza di collaborazione non rappresenta un indice univoco di mantenimento dei legami con l'organizzazione criminosa. La scelta di collaborare può essere il frutto di una valutazione opportunistica, volta all'esclusivo scopo di beneficiare dei vantaggi penitenziari, senza essere un segno di avvenuta risocializzazione⁵³. Collaborare, inoltre, può comportare il

⁵¹ La Corte costituzionale ha ribadito, in più occasioni, che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» e che «l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa». Cfr. sentenza n. 139/2010.

⁵² Corte costituzionale, sentenza n. 50/2020.

⁵³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 306/1993. Invero, successivamente, la Corte è ritornata sui suoi passi, affermando che il detenuto escluso dai benefici ai sensi dell'art. 4-*bis* ord. penit. versa in tale condizione per la sua scelta di non collaborare, frutto dunque del rifiuto della possibilità di cambiare il suo percorso di vita. Cfr. Corte costituzionale, sentenza

rischio di essere sottoposti a rappresaglie contro di sé o contro i propri familiari, e potrebbe essere contrario a un'intima convinzione di innocenza⁵⁴. Pretese di collaborazione processuale sono ben possibili nel nostro ordinamento e niente esclude che, al limite, possano configurarsi addirittura come veri e propri obblighi giuridici: dunque, sanzionarne la violazione anche penalmente come autonomi illeciti è inaccettabile. Il “diritto al silenzio”, relativamente a dichiarazioni concernenti la propria responsabilità, va comunque rispettato⁵⁵.

La soluzione della *quaestio* sulla base dell'intrinseca irrazionalità della preclusione, che parrebbe la più lineare per le ragioni sottolineate, fino ad oggi si è infranta di fronte alla linea assunta dalla Corte costituzionale, che ha sempre “salvato” la costituzionalità di un tale assetto, affermando che la natura perpetua della pena – dove «a ben vedere, presunta in assoluto non è la pericolosità del soggetto, ma l'inefficacia rieducativa e preventiva di una particolare misura»⁵⁶ – non risiede in un vizio strutturale della stessa, bensì riposa pur sempre su una «autonoma scelta del condannato, libera e reversibile, di collaborare (o no) con la giustizia»⁵⁷.

Tale impostazione veniva fatta salva anche laddove la Corte esaltava i principi della progressione trattamentale e della flessibilità della pena, quale fondamento del graduale processo di reinserimento del condannato⁵⁸.

del 24 aprile 2003, n. 135. Sui rapporti tra collaborazione e rieducazione si veda G. GIOSTRA, *Questione carceraria, governo dell'insicurezza sociale e politica criminale*, in *Quest. Giust.*, 2014, 2 pp. 11 e ss.

⁵⁴ Cfr. *Marcello Viola c. Italia*, cit., p. 31.

⁵⁵ F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, cit., p. 10.

⁵⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 50/2020.

⁵⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 273/2001 e n. 135/2003.

⁵⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 149/2018, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 58-*quarter* ord. penit. che stabiliva, per i condannati all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona, che abbiano cagionato la morte del sequestrato, l'espiazione di almeno 26 anni di reclusione per poter accedere ad i benefici penitenziari. La Corte ha ritenuto che le “previsioni che precludono in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso, l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati – i quali pure abbiano partecipato in modo significativo al percorso di rieducazione e rispetto ai quali non sussistano gli indici di perdurante pericolosità sociale individuati dallo stesso legislatore

In definitiva, se negare l'addebito, secondo giurisprudenza granitica, resta un diritto inviolabile del condannato, tuttavia quest'ultimo, per esercitarlo, si trova costretto a non poter beneficiare degli strumenti di rimozione delle preclusioni ex art. 4-*bis* ord. penit., che vedono le "scelte collaborative" come presupposto.

Attenta dottrina⁵⁹, a sostegno di questo assunto, afferma che, se davvero la ragione della mancata collaborazione – *rectius*, di tutte le mancate collaborazioni – risiedesse nel fatto di voler salvaguardare la propria appartenenza al consorzio criminale, piuttosto che aderire alle leggi (e ai valori) dello Stato, non potremmo trovarci di fronte a persone detenute in regime ostativo, e non collaboranti, di cui accertare progressi sul piano della rieducazione; progressi che vengono attestati e documentati dagli operatori penitenziari, ma anche dai magistrati di sorveglianza quando decidono di accogliere un'istanza di collaborazione impossibile o inesigibile, sulla base del materiale giurisprudenziale disponibile, concedendo contestualmente un beneficio penitenziario o una misura alternativa. Difficilmente si arriverebbe ad attestare, in questi casi, che il condannato ha effettuato una «ravisitazione del suo passato criminale» o addirittura ha raggiunto un «sicuro ravvedimento» in vista del possibile conseguimento della liberazione condizionale.

Il *deficit* di razionalità del meccanismo preclusivo del primo comma dell'art. 4-*bis* ord. penit. si annida, infine, anche su un altro aspetto, estremamente pragmatico. La decisione di collaborare con l'autorità giudiziaria, se non è maturata nella fase processuale, nella quale consistenti sono i benefici conseguibili sul piano della sanzione che verrà poi inflitta, non sopraggiunge nella fase esecutiva. Per quanto lunga e pesante la pena possa essere, tali ragioni non vengono meno per la sola prospettiva di conseguire la

all'articolo 4-*bis* – in ragione soltanto della particolare gravità del reato commesso, ovvero dell'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati", erano contrari ai principi costituzionali di proporzionalità ed individualizzazione della pena.

⁵⁹ C. PECORELLA, M. TRAPANI, *L'art. 4-bis comma 1 o. p. alla prova dei fatti: il deficit di razionalità empirica e teleologica*, in *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 143.

fruizione di benefici penitenziari e/o di misure alternative alla detenzione, comunque lontane nel tempo⁶⁰. Al contrario, quelle ragioni permangono, e magari si rafforzano, rendendo del tutto inefficace la funzione “utilitaristica” della preclusione.

L'intrinseca irrazionalità dell'impianto normativo, come congegnato oggi, emerge altresì riflettendo sul fatto che l'ergastolano “senza scampo”, e non intenzionato a (o non in grado di) svolgere una fattiva collaborazione, può comunque vedersi applicato (in astratto) il beneficio della liberazione anticipata. Tuttavia, un tale riconoscimento è del tutto inutile, posto che esso non potrà influire sulla durata della detenzione, né potrà svolgere lo scopo di favorire il reinserimento sociale del reo, per cui è stato effettivamente concepito, pur avendo diritto al beneficio (e avendolo ottenuto), egli non potrà comunque farne uso se non dopo aver collaborato⁶¹.

Un'ultima considerazione è d'obbligo, ancora a proposito della citata “dimensione teleologica” dell'istituto. Il meccanismo preclusivo del primo comma dell'art. 4-*bis* ord. penit. incide sull'unica condizione che permette a quella pena di essere considerata compatibile con l'art. 27, comma 3, Cost.: la liberazione condizionale. Tuttavia, non meno grave è l'effetto che esso produce sulle pene detentive temporanee, rispetto alle quali è comunque garantita al condannato l'uscita dal carcere al termine della pena. Una pena che deve essere scontata per tutta la sua durata all'interno dell'istituto penitenziario, senza che sia possibile – stante il regime ostativo – che il condannato possa sperimentare momenti di libertà, destinati a diventare col tempo (e in caso di esito positivo) sempre più lunghi e di maggiore impegno nell'attività extramuraria. Una pena che rischia di rivelarsi, così, completamente inutile e che riconsegna un soggetto – presunto pericoloso e non collaborante, a cui non sono stati forniti strumenti di reinserimento

⁶⁰ C. PECORELLA, M. TRAPANI, *L'art. 4-bis comma 1 o.p. alla prova dei fatti: il deficit di razionalità empirica e teleologica*, in *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 144.

⁶¹ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Collana Diritto penitenziario e Costituzione, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 81-82.

graduali e responsabili, nella società – completamente impreparato e ad alto rischio di recidiva. Con buona pace delle esigenze di difesa sociale.

Infine, anche a voler considerare molto realisticamente la preclusione come un mero strumento di pressione verso la collaborazione processuale, sganciato in realtà da ogni valenza connessa alla rieducazione, come una certa dottrina l'ha intesa⁶², essa si rivelerebbe comunque incostituzionale: più precisamente, per contrasto col principio di proporzione. Il *surplus* sanzionatorio – in questo caso costituito dal divieto di accesso ai benefici – finalizzato, appunto, a premere sulla volontà del condannato, stravolgerebbe il rapporto tra cittadino e autorità nel campo della giustizia penale.

È possibile concludere che la strumentalizzazione del momento esecutivo, a fini di prevenzione e di accertamento dei reati, si colloca al di fuori dall'orizzonte costituzionale; l'art. 4-*bis* ord. penit. finisce col rappresentare piuttosto una «misura a carattere preventivo-cautelare»⁶³ o, peggio, una sanzione nella sanzione, in quella logica del «diritto penale del nemico» che, secondo parte della dottrina, è posta alla base dell'istituto in esame, così come di quelli degli artt. 41-*bis* e 14-*bis* dell'ordinamento penitenziario⁶⁴.

A tutto concedere, nessuna esigenza di stretta necessità o sicurezza può giustificare una deroga ai diritti fondamentali, le cui garanzie presuppongono ontologicamente un'assoluta indifferenziazione trattamentale, a prescindere da qualsiasi categoria possibile.

È un problema di legalità costituzionale, quindi, non di (mancato) «approccio umanitario alla pena dell'ergastolo»⁶⁵.

⁶² M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *Diritto Internazionale Pubblico*, 21 giugno 2019.

⁶³ F. DE SIMONE, *La sanzione detentiva*, cit., p. 63.

⁶⁴ Sul diritto penale del nemico e sul suo teorico Jakobs si veda P. VENEZIANI, *La pena, nozioni, fondamento e funzioni*, in *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato, Trattato di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2014, II, p. 22.

⁶⁵ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit., p. 2.

4. L'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: l'imperativo categorico della sentenza Viola

Se la riforma dell'ordinamento penitenziario nel nostro Paese si può riassumere in «ciò che poteva essere e non è stato» per le amputazioni subite dall'originario disegno riformatore, la giurisprudenza della Corte Europea continua ad indicare al nostro legislatore la via di un compiuto disegno riformatore che assicuri effettività e coerenza di sistema alla funzione che la Costituzione assegna alle sanzioni penali.

Il Consiglio d'Europa – con la Raccomandazione (2010)¹, da leggere congiuntamente a quella successiva (2017)³ – aveva già sviluppato, in ambito di esecuzione penale, le regole minime per le misure non detentive, nell'ottica dell'implementazione dell'istituto della *probation*.

Pur in assenza nella CEDU (come pure nei Trattati e nella Carta dei diritti dell'UE), *testualmente* di un referente teleologico vincolante per la funzione della pena, la Corte europea, con riferimento al prevalente orientamento europeo (c.d. consenso europeo), ha identificato gli scopi della pena nella punizione, nella prevenzione generale e speciale, nella protezione dell'ordine pubblico e nel reinserimento sociale del condannato.

Si tratta di finalità che legittimano la sanzione penale e che, in ogni caso concreto, vanno composte in modo da non escludere l'una a vantaggio esclusivo dell'altra.

La Corte ha rilevato che la finalità di risocializzazione del detenuto, particolarmente nei casi di lunghe pene, è indicata dall'evoluzione del diritto europeo e internazionale, citando, in proposito, le regole penitenziarie europee del Consiglio d'Europa. Il Patto internazionale dei diritti civili e politici, all'art. 10, indica espressamente la finalità rieducativa della pena detentiva. Quanto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, essa, all'art. 49/3, richiama la necessità di proporzione tra pena e reato, mutuata dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia»⁶⁶.

⁶⁶ *Kafkaris c. Grecia*, 12 febbraio 2008, § 98; *Vinter c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, § 118. La Corte Europea, in *Garagin c. Italia*, 29 aprile 2008; *Scoppola c. Italia*, 8 settembre 2005,

Più specificatamente, con riguardo alla pena dell'ergastolo e alla sua esecuzione, va detto che la Corte europea non ha mai messo in discussione la conformità al quadro delle garanzie della CEDU delle pene perpetue; sempre, però, che sussista un rapporto di proporzione tra il fatto e la sanzione e, soprattutto che, di fatto e di diritto, il condannato possa vedere interrotta la detenzione, sulla base dei progressi compiuti nello sviluppo della sua personalità. È inoltre necessario che siano chiare le condizioni richieste per interrompere lo stato di detenzione, sulla base di una procedura in grado di assicurare i termini temporali di riesame (il primo dei quali decorsi venticinque anni dall'inizio dell'esecuzione della pena) e idonee garanzie difensive⁶⁷. La Corte ha più volte affermato che, al contrario, non si giustificerebbe il perdurare dell'esecuzione di una pena se – con il trascorrere del tempo e l'evolvere dell'atteggiamento del condannato – siano venuti a mancare i motivi che la giustificano rispetto alle sue finalità. In tal caso, i requisiti della necessità e proporzione non sarebbero più rispettati⁶⁸.

Se da un lato, la pena dell'ergastolo in sé non è incompatibile con la Convenzione, tuttavia, essa costituisce trattamento inumano vietato dall'art. 3 Conv., quando la relativa disciplina escluda la possibilità di liberazione del condannato, rendendo irrilevante ogni possibile evoluzione della persona⁶⁹.

È come se la giurisprudenza europea avesse stabilito una sorta di "legittimità condizionata" della pena perpetua⁷⁰, evidenziando, in plurime

ha ritenuto la pena dell'ergastolo nel sistema italiano compatibile con le esigenze dell'art. 3 Conv. in quanto l'art. 176 c.p. ammette la liberazione condizionale e la semi-libertà. In *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 117, la Corte ha menzionato la risocializzazione dei condannati all'ergastolo nel sistema costituzionale italiano come in linea con la tendenza europea.

⁶⁷ Corte EDU *Vinter c. Regno Unito*, 9 luglio 2013., §§ 103-118.

⁶⁸ Corte EDU *Öcalan c. Turchia*, 18 marzo 2014, §§ 193-207 e Corte EDU *Trabelsi c. Belgio*, 4 settembre 2014, § 115.

⁶⁹ Corte EDU *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008, §§ 95-108; Corte EDU *László Magyar c. Ungheria*, 20 maggio 2014, §§ 46-59; Corte EDU *Bodein c. Francia*, 13 novembre 2014, §§ 53-61; Corte EDU *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016, §§ 99-104.

⁷⁰ M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo*, cit. Sui precedenti della Corte europea in materia di ergastolo senza liberazione, cfr. Corte EDU, *Kafkaris c. Cipro*, cit; Corte EDU, GC, *Vinter c. Regno Unito*, cit; 130/10; 3896/10; Corte EDU, 18 marzo 2014,

occasioni, il “volto convenzionale” della pena, che, in primo luogo, deve essere umano e conforme alla dignità⁷¹.

Ci sono momenti che, pur preparati dalla evoluzione pregressa nella interpretazione delle norme, costituiscono una “cesura”, capace di segnare svolte importanti nelle scelte di politica sanzionatoria.

A questi momenti appartiene la sentenza della Corte europea nel caso *Viola c. Italia*⁷² del 13 giugno 2019, divenuta definitiva alla vigilia del pronunciamento della Corte costituzionale. Per la prima volta in sede europea, l’ergastolo ostativo è stato oggetto di giudizio, con l’analisi della compatibilità convenzionale di una «pena perpetua non riducibile»: i giudici della Prima Sezione dichiarano che sussiste la violazione dell’art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti) nella disciplina del combinato disposto degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit., nella parte in cui subordina la concessione della liberazione condizionale, ai condannati alla pena dell’ergastolo per uno dei delitti di cui al comma 1 dell’art. 4-*bis* cit., alla collaborazione con l’autorità giudiziaria.

Si tratta di una sentenza fondamentale per diverse ragioni: restringe i limiti di legittimità della pena dell’ergastolo; inficia la *ratio* delle preclusioni a base premiale nell’accesso alle misure alternative; pone al centro della pena *in executivis* la personalità in divenire del detenuto; fissa limiti invalicabili alla logica della differenziazione dei percorsi penitenziari, anche quando la pena, come in questo caso, riguarda gli autori di gravissimi reati; valorizza, in modo

Öcalan c. Turchia (N. 2), cit.; Corte EDU, *Laszlo Magyar c. Ungheria*, cit.; Corte EDU, *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, 8 luglio 2014; Corte EDU, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*, ric. n. 140710; Corte EDU, *Kaytan c. Turchia*, 15 settembre 2015; Corte EDU, *Murray c. Olanda*, cit.; Corte EDU, *T.P. e T.A. c. Ungheria*, 4 ottobre 2016; Corte EDU, *Matiošaitis e altri c. Lituania*, 25 maggio 2017; Corte EDU, *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017.

⁷¹ V. il *leading case* *Torreggiani e altri c. Italia*, seguito da *Varga e altri c. Ungheria*, cit.

⁷² Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), 13 giugno 2019, § 136-138. In data 7 ottobre 2019 una Commissione di 5 giudici della *Grand chambre* ha rigettato la richiesta di ricorso avanzata dal Governo italiano, pertanto il caso Viola è divenuto definitivo. Vedi il comunicato stampa del 8 ottobre 2019 ECHR, in www.echr.coe.int.

spiccato, il dialogo con la Corte costituzionale italiana e con l'evoluzione delle sue pronunce in tema di funzioni della pena.

Fa tutto questo partendo da «ciò che la presunzione legale maschera e nasconde» e che invece «la sentenza in commento svela e mostra con maggior realismo»⁷³: come l'assenza di collaborazione non può essere un segnale certo della mancata rieducazione, così, per converso, la collaborazione non è un indice altrettanto certo di rieducazione. Trovando un avallo proprio in una pronuncia costituzionale, la sent. n. 306/1993, la Corte di Strasburgo evidenzia le possibili valutazioni opportunistiche di certe chiamate di correo, interessate esclusivamente ai benefici penitenziari. La rigidità della disciplina dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. non permetterebbe, inoltre, di tenere conto di altre situazioni, in cui il silenzio è finalizzato a proteggere i familiari dai rischi di ritorsione da parte dell'organizzazione criminale (come spesso accade nei casi di condannati all'ergastolo ostativo); né del rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di stretti congiunti o di soggetti cui si è legati da vincoli affettivi o del ripudio di un concetto utilitaristico della collaborazione, che prescindano da un effettivo ravvedimento interiore. In questa prospettiva, la sentenza ha l'indubbio merito di riconoscere il giusto spazio a quel «diritto al silenzio» recentemente elevato dal Giudice delle leggi al rango di principio supremo caratterizzante l'identità costituzionale italiana.

Come noto, il ricorrente si trovava detenuto perché condannato all'ergastolo per i delitti di associazione mafiosa, omicidio, sequestro di persona, cui ha fatto seguito la morte della vittima e porto illegale d'arma. Tali titoli di reato rendevano inapplicabile l'art. 4-*bis* L. n. 354/1975, attesa la mancata collaborazione con la giustizia (per rivendicazione per tutto l'arco del processo della propria innocenza); ritenuta, per di più, ancora praticabile per il ruolo attivo attribuitogli all'interno della consorteria criminale di appartenenza.

La Corte europea, esaminando il ricorso sotto la lente dell'art. 3 della Convenzione, stabilisce che l'esclusione dai benefici penitenziari (in

⁷³ D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale*, Fascicolo 4/2019, 6 agosto 2019, p. 195.

particolare dalla possibilità di ottenere la liberazione condizionale), rende la pena dell'ergastolo, inflitta al ricorrente, incompressibile *de jure e de facto*. La preclusione assoluta di pericolosità, imposta dal legislatore, impedisce alla magistratura di sorveglianza di esaminare la sua posizione nel merito, sulla base di altri indici individuali di ravvedimento e progressione. Tale assetto è in aperto contrasto con la finalità rieducativa della pena e, comunque, rende insensibile il trattamento ai risultati dimostrati dal condannato.

Il ragionamento della Corte è supportato da due fondamentali argomentazioni. La prima si fonda sulla visione della pena *in executivis* come processo in divenire, che non può ignorare i mutamenti della personalità del condannato, specie col trascorre di molti anni, come nel caso della tipologia dei delitti in discussione. La preclusione impedisce di tenerne conto, disincentivando, di fatto, la partecipazione del condannato all'opera di rieducazione; privata di senso, come tutta l'istituzione carceraria in sé, in quanto non finalizzata all'obiettivo di poter riacquistare la libertà personale. La preclusione – scrivono efficacemente i giudici di Strasburgo – «fissa in realtà la pericolosità del soggetto al momento di commissione del delitto, invece di tener conto del percorso di risocializzazione e degli eventuali progressi compiuti dopo la condanna. Una pericolosità cristallizzata nel passato, refrattaria a qualunque modificazione della personalità del detenuto e permeabile solo alla collaborazione ex art. 58-ter ord. penit.»⁷⁴. La preclusione dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. viola, dunque, l'art. 3 CEDU, nella funzione rieducativa della pena che non può essere sacrificata sull'altare delle esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, quand'anche si tratti di contrastare fenomeni gravi come la criminalità organizzata. Si delegittimano le scelte di politica criminale che potenziano la prevenzione generale negativa (deterrenza) della pena, sacrificando quella rieducativa, in quanto «la funzione risocializzativa mira in ultima istanza, ad evitare la recidiva ed a proteggere la società»⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia*, § 128 della motivazione.

⁷⁵ Cfr. Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia*, § 130 della motivazione; in tal senso v. già Corte EDU *Murray c. Paesi Bassi*, cit.

Si tratta di un principio destinato a diventare portante: l'art. 3 CEDU, inderogabile, assicura un nucleo duro di garanzia di cui il condannato, anche per i più gravi reati, non può essere privato secondo scelte proprie di un diritto penale d'autore.

La seconda argomentazione si fonda sulla valorizzazione della stessa giurisprudenza interna, a cui più volte i giudici di Strasburgo si rifanno: la Corte europea dialoga con la giurisprudenza della Corte costituzionale, di cui richiama l'importante sentenza n. 149/2018⁷⁶, e della Corte di cassazione, che ha progressivamente limitato l'efficacia delle presunzioni in materia di ordinamento penitenziario e misure cautelari.

La Corte europea ha richiamato anche la propria giurisprudenza. In linea con la giurisprudenza europea, *Vinter c. Regno Unito* (nonché *Murray c. Olanda*), afferma che l'irriducibilità della pena confligge palesemente con il principio della dignità; il testo convenzionale non ne fa diretta menzione ma, sancendo il divieto della tortura, delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti, decreta l'inviolabilità della dignità umana di una persona⁷⁷.

Tale parametro impedisce di privare una persona della libertà senza, al tempo stesso, operare per il suo reinserimento sociale e senza offrirle la possibilità di recuperare, un giorno, la libertà (c.d. *right to hope*⁷⁸). La pena inflitta al ricorrente costituisce, pertanto, trattamento inumano ai sensi dell'art. 3 CEDU.

È doveroso evidenziare che la Corte EDU ha posto l'enfasi sul fatto che la *questio* dell'ergastolo ostativo è diventata un «problema strutturale» di cui il legislatore italiano deve farsi carico, percorrendo la corsia costituzionalmente preferibile della riforma parlamentare.

Derivando dalla legge, e non da una sua applicazione particolare, i giudici di Strasburgo hanno concluso statuendo che la violazione rimessa alla loro

⁷⁶ Per i riferimenti bibliografici sull'importanza della sentenza cfr. A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato sulla pena in fase esecutiva*, in *Giur. Cost.*, 2018, pp. 1646 ss., nonché D. GALLIANI, *Eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2018, pp. 911 ss.

⁷⁷ D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, cit., p. 199.

⁷⁸ Cfr. Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia*, § 113 della motivazione.

attenzione, deve essere rimossa dalla legge, secondo quanto impone l'art. 46 della stessa Convenzione⁷⁹.

La Corte, in particolare, ha stabilito che «la natura della violazione accertata ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione impone allo Stato di attuare, di preferenza per iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo, che garantisca la possibilità di riesame della pena; cosa che permetterebbe alle autorità di determinare se, nel corso dell'esecuzione della pena, vi è stata una evoluzione del detenuto e se è progredito nel percorso di cambiamento, al punto che nessun motivo legittimo di ordine penologico giustifichi più la detenzione. Inoltre, la riforma deve garantire la possibilità per il condannato di beneficiare del diritto di sapere cosa deve fare perché la sua liberazione sia possibile e quali siano le condizioni applicabili». Fra l'altro, nella decisione in commento, la medesima Corte auspica che la rescissione del *nexum* con la *societas sceleris*, da parte del condannato all'ergastolo, possa transitare anche attraverso ulteriori canali «diversi dalla collaborazione con la giustizia e dall'automatismo legislativo attualmente in vigore».

Il tenore della motivazione della sentenza lascia intendere che la modifica da introdurre non implica necessariamente l'eliminazione della rilevanza della mancata collaborazione. Richiede, semmai, la trasformazione dell'attuale condizione di ammissibilità dell'esame dell'istanza di liberazione condizionale in uno degli elementi da prendere in considerazione nel merito, insieme agli eventuali altri che siano presenti e rilevanti nel caso concreto. Si chiede, in sostanza, il superamento della preclusione assoluta di pericolosità sociale, inserita come unico criterio legale all'interno del co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. per l'accesso ai benefici penitenziari, restituendo al giudice della "rieducazione" il suo potere (istituzionale) di controllo e di ratifica del

⁷⁹ Si rammenta, infatti, che l'art. 46, interpretato alla luce dell'art. 1 C.E.D.U., impone agli Stati membri, non solo di eseguire le disposizioni patrimoniali a carico del ricorrente risultato vittorioso, ma anche di porre in essere – nell'ambito della propria discrezionalità, sotto il controllo del Comitato dei Ministri – tutte le misure generali e/o individuali idonee ad eliminare le conseguenze delle violazioni accertate.

percorso individuale (anche in termini di “dissociazione” dalla criminalità organizzata).

Tale decisione apre la strada a numerosi altri ricorsi da parte di altrettanti detenuti che versino in analoghe condizioni disumane.

La Sentenza Viola costituisce indubbiamente un forte monito per il legislatore nazionale al rispetto della dignità umana, affinché si trattenga dal percorrere, con troppa demagogica disinvoltura, una via lastricata da seri dubbi di compatibilità coi principi fondamentali costituzionali, convenzionali e culturali, in materia di pene criminali. Nonostante la ragionevolezza di un simile richiamo, sono seguite una serie di reazioni scomposte, innanzi ad un eventuale adeguamento della legge interna, propagandato, nel dibattito politico-mediatico, come un cedimento rispetto alla lotta alla criminalità.

Il cuore argomentativo di *Viola c. Italia* si sposa perfettamente con le questioni di legittimità costituzionale che hanno dato vita alla sentenza n. 253 del 2019⁸⁰. È proprio nelle more del ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo, infatti, che la Corte di cassazione, prima sezione penale, e il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, poi, hanno sollevato due questioni di costituzionalità, entrambe rispetto agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., relative all’art 4-*bis* ord. penit., nella parte in cui nega i permessi premio nei confronti del condannato che abbia agito al fine di favorire associazioni di tipo mafioso, ovvero di colui che, ancor più nettamente, risulti essere un vero e proprio affiliato alla criminalità organizzata e si ostini a non collaborare.

Nessun richiamo, invece, all’art. 13, comma 4, Cost. così come all’art. 117 Cost., benché il riferimento agli orientamenti convenzionali sul tema della pena perpetua aleggi, in qualche modo, nelle argomentazioni dei giudici *a quibus*, che citano, entrambi, i principi espressi nella sentenza *Vinter* della Corte EDU del 2013.

Stante l’identità di parametro e di oggetto dei due distinti incidenti di costituzionalità, la Corte costituzionale ha riunito le cause. La decisione della Corte EDU è dunque intervenuta successivamente ad entrambe le ordinanze di rimessione: per questa ragione, i giudici *a quibus* non hanno potuto fare alcun riferimento al caso *Viola c. Italia*, richiamando, però, la giurisprudenza

⁸⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 253/2019.

convenzionale consolidata sulla necessaria funzione risocializzatrice della pena.

Alla vigilia dell'attesa decisione costituzionale ci si poneva, in dottrina, alcuni quesiti: se la Corte potesse allargare il *thema decidendum* includendo, tra i parametri, la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.; sebbene non richiamati dalle ordinanze di remissione; e se, in mancanza di tale allargamento, il caso *Viola c. Italia* potesse comunque rappresentare ulteriore argomento a sostegno di una (eventuale) declaratoria di illegittimità costituzionale.

Ciò nella consapevolezza che, un eventuale accoglimento delle questioni, limitatamente all'accesso ai permessi premio (come poi avvenuto), avrebbe indotto, nel prossimo futuro, altri giudici a sollecitare la Corte affinché valutasse anche la compatibilità dell'obbligo di collaborare con la giustizia, quale condizione per l'accesso agli altri istituti del diritto penitenziario che progressivamente segnano il percorso rieducativo.

Secondo alcuni⁸¹, anziché distinguere misura premiale da misura premiale, la Corte avrebbe potuto fare ricorso alla tecnica della "illegittimità consequenziale" come, del resto, già avvenuto con la sent. n. 357/1994⁸² e con la sent. n. 68/1995⁸³. L'art. 4-bis, 1° comma, ord. penit. stabilisce che *tutte* le misure alternative possono essere concesse *solo* nei casi di utile collaborazione con la giustizia. Venuta meno la regola base espressa in quel

⁸¹ D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, cit., p. 208.

⁸² Sentenza con cui la Corte dichiara incostituzionale l'art. 4-bis, 1° comma, ord. penit., nella parte in cui non prevede che *tutti* i benefici previsti dal primo periodo del 1° comma possano essere concessi anche nel caso di limitata partecipazione al fatto criminoso. La *quaestio* riguardava una richiesta di affidamento in prova al servizio sociale o, in alternativa, alla semilibertà.

⁸³ In questa sentenza, una volta dichiarato incostituzionale il 1° comma dell'art. 4-bis ord. penit., nella parte in cui, in riferimento al permesso premio, non prevedeva la possibilità di concederlo anche nel caso di integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, la Consulta, formalmente, utilizza l'illegittimità consequenziale, in riferimento alla liberazione condizionale: «caducata (...) la preclusione normativa (...) automatici ne risultano gli effetti anche per ciò che concerne l'istituto della liberazione condizionale».

“solo”, sarebbe difficile fermarsi al primo gradino della progressività trattamentale, costituito dal permesso premio.

Secondo altri, infine, la Consulta sarebbe potuta giungere a demolire la preclusione ostativa in sé, eliminando sin da subito il meccanismo che appare davvero lesivo di diritti fondamentali, senza dover attendere il formarsi di un eventuale grappolo di future decisioni.

È indubbio che la *ratio decidendi* della Corte, così come è stata concepita, rende più che ipotizzabile, allo stato, l'insorgere di ulteriori questioni di legittimità costituzionale, tante quante sono le misure alternative alla pena, oggi ancora precluse al detenuto non collaborante. Questa volta, diversamente da quanto avvenuto con le due ordinanze di remissione della sentenza n. 253 del 2019, invocando a parametro (anche) l'art. 117, comma 1, della Costituzione.

La pronuncia costituzionale ha, infatti, limitato la propria “portata oggettiva” al solo permesso premio. Non ha sancito *tout court* l'illegittimità della previsione dell'obbligo di collaborazione previsto dal comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit.; né ha eliminato dal sistema normativo il meccanismo di equipollenza di tale obbligo con la collaborazione impossibile o inesigibile dal comma 1-*bis* della medesima disposizione, che permane nella sua piena ed originaria vigenza⁸⁴, per tutto ciò che concerne la materia del permesso premio.

Semilibertà, affidamento in prova, libertà condizionale, ad oggi, se richieste da un detenuto ostativo non collaborante, soggiacciono alle stesse regole previgenti la decisione costituzionale: il richiedente deve, prima,

⁸⁴ Sulla funzione della collaborazione inesigibile dopo il giudicato costituzionale, con riguardo al beneficio del permesso premio cfr. A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Associazione nazionale dei Costituzionalisti*, riv. n. 1/2020, 20 marzo 2020, pp. 515-516; A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1, o.p. a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019*, in *Giur. Pen.*, gennaio 2020, p. 10.

dimostrare dinanzi al tribunale di sorveglianza⁸⁵ di essere in una situazione di impossibilità e/o di inesigibilità/irrelevanza dell'utile collaborazione con la giustizia. Solo in caso di esito positivo, può provare al magistrato di sorveglianza di non avere collegamenti con la criminalità organizzata⁸⁶.

Ma la sentenza n. 253 del 2019, rompendo l'equivalenza tra il silenzio del reo e la permanente pericolosità sociale, mette in discussione l'architave stesso dell'ostatività penitenziaria.

L'attesa per le prime decisioni è iniziata⁸⁷.

⁸⁵ Cass. Pen., Sez. I, n. 26567 del 07.04.2017. La Suprema Corte chiarisce che «pur nel silenzio della norma, l'identità di *ratio* induce a ritenere che l'accertamento della c.d. collaborazione impossibile, specularmente a quanto previsto per la collaborazione attiva, compete al tribunale di sorveglianza ex art. 58-ter, secondo comma, direttamente per le materie rientranti nelle sue attribuzioni e incidentalmente per quelle del magistrato di sorveglianza».

⁸⁶ Sempre in attesa dell'auspicato intervento legislativo, ci si interroga se è sperimentabile una "giurisprudenza creativa" che lavori sul piano dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni che disciplinano l'ammissibilità della semilibertà, dell'affidamento in prova e della liberazione condizionale. Più in particolare, ci si chiede cosa aggiungerebbe, in termini di presunzione di pericolosità, il giudizio di inesigibilità o impossibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit., dopo che il condannato per delitto ostativo non collaborante, è stato ammesso e abbia fruito, proprio grazie alla sentenza n. 253/2019, di numerosi permessi premio con esito positivo. Potrebbe essere la stessa sperimentazione concreta extramuraria, con i suoi ottimi risultati, a rappresentare la prova tangibile della mancanza di pericolosità sociale del reo, superando così le ragioni poste alla base del regime presuntivo. Sul punto cfr. A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019*, cit., p. 11.

⁸⁷ Si segnala sul punto la recentissima *quaestio* posta dalla prima sezione penale della Corte di Cassazione che, con ordinanza 181518/20 depositata il 18 giugno 2020, ha sollevato la costituzionalità dell'automatismo preclusivo alla liberazione condizionale, qualora l'ergastolano non collabori utilmente con la giustizia, pur essendo nelle condizioni di farlo.

La sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria

Andrea Pugiotto

Professore di Diritto costituzionale dell'Università di Ferrara

Sommario: 1. Il giorno del giudizio. – 2. Il perimetro della sentenza. – 3. La *ratio decidendi* della sentenza. – 4. I «criteri di particolare rigore» per superare la preclusione legislativa. – 5. Il regime probatorio tratteggiato in sentenza. – 6. La contraerea preventiva contro la sentenza. – 7. *Vs.* l'argomento ontologico. – 8. *Vs.* l'argomento allarmistico. – 9. *Vs.* l'argomento caritatevole. – 10. *Vs.* l'argomento del venir meno dell'interesse a collaborare con la giustizia. – 11. Il seguito della sentenza.

1. Il giorno del giudizio

Alla fine, il giorno del giudizio è arrivato. Preceduta da un importante e definitivo pronunciamento della Corte EDU su questione distinta ma non distante, e accompagnata da un malmostoso dibattito pubblico, la Corte costituzionale si è finalmente pronunciata sul nucleo duro dell'art. 4-*bis*, ord. penit. Lo ha fatto con una sentenza di accoglimento a valenza additiva¹ che apre una breccia nel regime ostativo penitenziario, attraverso la quale prevedibilmente passeranno rinnovate future questioni di costituzionalità miranti a un suo complessivo e sistematico adattamento costituzionale.

¹ Nella cangiante tipologia delle tecniche di giudizio frequentate dal giudice delle leggi, si è parlato in proposito di «manipolazione additiva ad effetto sostitutivo»: cfr. S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, Studi, 2019, fasc. III, p. 732. In dottrina, la sent. n. 253/2019 è già stata oggetto di commento anche da parte di F. FIORENTIN, *Una decisione "storica" dal grande impatto sistematico*, in *Cass. Pen.*, 2019 (in corso di pubblicazione) e M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, 12 dicembre 2019.

Per quanto la sentenza rappresenti un'innovativa evoluzione rispetto ai propri precedenti in tema², tuttavia non può affatto considerarsi un approdo inaspettato. S'inserisce, infatti, nel solco di un'oramai consolidata giurisprudenza costituzionale in tema di esecuzione penale³, di cui sviluppa coerentemente i capisaldi: recupero del reo alla vita sociale quale vincolo teleologico non sacrificabile ad altre finalità della pena; principio di progressività trattamentale e di flessibilità della sanzione in attuazione del canone costituzionale del finalismo rieducativo penale; superamento di presunzioni assolute e di rigidi automatismi legislativi in ambito penitenziario; necessità di una valutazione individualizzata da parte del giudice di sorveglianza nella fase esecutiva della pena; separazione tra le esigenze investigativo-processuali e quelle proprie del momento dell'esecuzione penale. Sono, nell'essenziale, i tratti che disegnano il volto costituzionale della pena nella sua fase dinamica; un volto che guarda a tutti, anche a chi è deragliato lungo il doppio binario che continua a connotare il nostro ordinamento penitenziario.

2. Il perimetro della sentenza

La prima cosa da fare è perimetrare con precisione l'area entro la quale si muove la sentenza n. 253/2019.

Primo picchetto: la sentenza non riguarda esclusivamente i condannati al c.d. ergastolo ostativo, ma *chiunque* abbia subito una condanna (perpetua o

² Si può leggere una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sull'art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit., in D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, fasc. 4, pp. 13-20.

³ Cfr. – tra le ultime – l'uno-due con cui la Corte costituzionale ha caducato l'intero art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit.: il riferimento è alle sentt. nn. 149/2018 e 229/2019. Vedi anche, successivamente alla sentenza in esame, la n. 263/2019 che ne conferma gli assunti dichiarando illegittima l'estensione ai minorenni e ai giovani adulti dell'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis, ai fini della concessione delle misure penali di comunità, dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno.

temporanea) per uno dei reati inclusi nella frastagliata e fantasiosa *blacklist* del 1° comma dell'art. 4-*bis*⁴.

Secondo picchetto: la sentenza nasce in relazione a due specifici reati ostativi (i delitti di partecipazione ed associazione mafiosa, e di contesto mafioso), ma finisce per investire *tutti* i reati inclusi nell'elenco del 1° comma dell'art. 4-*bis*, cui la Corte ha esteso consequenzialmente – ai sensi dell'art. 27, legge n. 87 del 1953 – la dichiarazione d'incostituzionalità principale.

Terzo picchetto: la sentenza rimuove dal regime ostativo dell'art. 4-*bis* un *solo* beneficio penitenziario, il permesso premio, perché unicamente di questo la Corte costituzionale è stata chiamata a decidere. Allo stato, dunque, l'ostatività resta operante verso *tutte le altre* misure alternative⁵.

Se questo è il suo perimetro, allora va subito detto che la sent. n. 253/2019 non investe *direttamente* la disciplina concernente l'ergastolo ostativo. Sarebbe stato diverso se le due questioni di costituzionalità fossero sorte a proposito del precluso accesso alla liberazione condizionale⁶. O se la Corte

⁴ Se in occasioni precedenti la Corte costituzionale ha parlato, in proposito, di elenco «complesso, eterogeneo e stratificato» (cfr. sentt. nn. 239/2014, 32/2016, 76/2017, 188/2019), nella sentenza in esame non manca di segnalarvi l'inclusione di reati non necessariamente associativi o addirittura aventi natura mono-soggettiva, con la paradossale conseguenza di esigere da chi li ha commessi «sia il requisito (ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari) di una collaborazione con la giustizia, sia la dimostrazione dell'assenza di legami con un, inesistente, sodalizio criminale di originaria appartenenza» (§ 12).

⁵ Fa eccezione la sola liberazione anticipata, fino ad oggi «monade costituzionalmente disorientata» (C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, p. 82), che invece ora – grazie alla breccia aperta dalla sentenza in esame – torna a svolgere una qualche concreta funzione, sia pure limitatamente alla riduzione dei termini temporali richiesti per poter accedere al beneficio del permesso premio.

⁶ È esattamente questa l'ipotesi sottesa alla *quaestio legitimitatis* formulata in dottrina, nel dichiarato tentativo di far approdare a Palazzo della Consulta il meccanismo dell'ostatività applicato all'ergastolo: cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 luglio 2016.

avesse deciso di estendere consequenzialmente la sua dichiarazione d'illegittimità anche a tale preclusione⁷. Ma così non è accaduto.

Il problema fondamentale della legittimità di una condanna a vita per il reo non collaborante, cioè di una pena *fino* alla sua morte, è invece l'oggetto dell'altrettanto nota sentenza della Corte EDU, *Viola c. Italia n° 2*, pronunciata il 13 giugno 2019 e divenuta definitiva il 5 ottobre 2019. Secondo i giudici di Strasburgo, il regime italiano dell'ergastolo ostativo viola la dignità umana, perché «limita eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità di riesame della pena»⁸.

⁷ Già verificatasi in passato proprio in tema di misure alternative alla detenzione (cfr. sentt. nn. 357/1994 e, soprattutto, 68/1995), l'ipotesi è stata avanzata da molti in dottrina: cfr., con varietà di argomentazioni, F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di QC Rassegna*, 2019, fasc. 10, p. 12; M. BRUCALE, *Spes, ultima dea*, ivi, p. 49; D. GALLIANI, *Ora tocca ai giudici costituzionali. Il viaggio dell'ergastolo ostativo al capolinea?*, ivi, pp. 118-119; M. MENGOZZI, *Il dialogo tra le Corti sull'ergastolo ostativo: un'opportunità per il giudice delle leggi*, ivi, p. 139; A. PUGIOTTO, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo*, ivi, p. 158; P. VERONESI, *Se la pena è davvero "a oltranza": i (seri) dubbi di costituzionalità sull'ergastolo e le preclusioni ostative*, ivi, p. 178.

⁸ A commento dell'arresto dei giudici europei vedi D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo. (A proposito della sentenza Viola c. Italia n. 2)*, in *Osservatorio Cost.*, 2019, n. 4, pp. 191 ss., ed ivi (in nota 7) ulteriori indicazioni bibliografiche, cui adde D. MAURI, *"Scacco" all'ergastolo ostativo: brevi note a margine della pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Viola c. Italia (N. 2) e del suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, fasc. 3, pp. 1 ss.; A. TARALLO, *Il "fine pena mai" di fronte al controllo CEDU: un "margine di apprezzamento" sempre più fluttuante e aleatorio*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, fasc. 1, pp. 91 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., pp. 15 ss.

Per una riflessione preventiva sul ricorso che è alla base della sentenza *Viola c. Italia n. 2*, cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., pp. 24 ss.; D. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, pp. 1156 ss.; nonché gli atti del Seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università di Milano, *Ergastolo 'ostativo': profili di*

Trattasi, dunque, di una pena perpetua *de iure* e *de facto*, non riducibile, pertanto contraria al divieto di trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 3 CEDU. Un divieto che non ammette deroghe né sospensioni, neppure «in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», come recita l'art. 15 CEDU: sembrano averlo dimenticato i tanti chierici del diritto che hanno stigmatizzato la *Grande Chambre* per aver sottovalutato – con la propria sentenza – l'eccezionalità e la gravità tutta italiana del fenomeno criminale organizzato⁹.

Aggiungo che, se il legislatore non interverrà tempestivamente a modificare il regime dell'ergastolo ostativo (come i giudici di Strasburgo espressamente richiedono), la natura strutturale del problema giustificherà una vera e propria sentenza-pilota, causata dalla slavina di ricorsi da parte di molti degli attuali 1.255 ergastolani ostativi (il 70,1% dei 1.790 condannati a vita), aventi un pregresso detentivo pari o superiore a 26 anni, termine temporale raggiunto il quale il condannato a vita può chiedere l'ammissione alla liberazione condizionale.

Oggi, per questi ergastolani senza scampo, *viola* è il colore della speranza.

incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito, ivi, 2017, pp. 1495 ss. (con i contributi di G.L. GATTA, E. DOLCINI, G.M. FLICK, G. NEPPI MODONA, M. CHIAVARIO, L. EUSEBI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, M. BONTEMPELLI).

⁹ Cfr, tra i tanti, P. MADDALENA, *Sentenza Cedu sul carcere ostativo: intervenga la Corte costituzionale*, in *Il Sole-24 Ore*, 15 ottobre 2019 (che parla di «sentenza astratta» da ritenersi «giuridicamente nulla» perché decisa «in assenza di potere»); A. INGROIA, *Chi sbaglia su Mafia Capitale ed ergastolo*, in *Il Fatto Quotidiano*, 26 ottobre 2019 (che contesta alla Corte EDU «gli errori di impostazione, gli approcci superficiali, le scelte precipitose e le fughe in avanti» dovuti a «scarsa conoscenza del fenomeno»). Insomma, la sentenza di Strasburgo «esprime principi bellissimi, ma la realtà dei fatti è diversa» (A. DOLCI, *La sentenza di Strasburgo contiene principi bellissimi, ma temo false dissociazioni*, ivi, 30 novembre 2019). Coriaceo, l'argomento tiene ancora banco a distanza di mesi: la decisione della Corte EDU «va vista per quello che è, cioè un'indicazione ideale» che «non tiene conto delle specificità del Paese nel quale va ad incidere» (così il procuratore generale della Repubblica di Perugia, in V. TATTI TONNI, *Ergastolo ostativo. Intervista al procuratore Fausto Cardella*, in www.articolo21.org, 22 gennaio 2020).

3. La *ratio decidendi* della sentenza

Torniamo alla Corte costituzionale: per quali ragioni accoglie le due questioni di legittimità promosse dalla Cassazione, Sez. I penale, e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia¹⁰?

La *ratio decidendi* della sent. n. 253/2019 fa perno sulla presunzione legislativa di pericolosità sociale e di mancata emenda che regge il regime dell'ostatività penitenziaria: la necessità di una collaborazione utile ed esigibile con la giustizia, in assenza della quale ogni beneficio penitenziario è automaticamente precluso al detenuto. È una presunzione legislativa che i giudici costituzionali ritengono doppiamente giustificata: sul piano penitenziario, dalla valenza rescissoria del legame con il sodalizio criminale espressa dalla collaborazione; sul piano processuale, dalla necessità di favorire uno strumento investigativo essenziale nella lotta alla criminalità organizzata.

Ecco perché, secondo la Corte «non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima» (§ 8). A contrastare con gli artt. 3 e 27, 3° comma, Cost. è il suo «carattere assoluto» (§ 7.2) che la rende non superabile da alcuna prova contraria. Tra le molte altre criticità costituzionali evidenziate in dottrina, sono tre quelle valorizzate in sentenza:

[1] Se è giusto “premiare” il detenuto che collabora, non lo è invece “punirlo” ulteriormente per la mancata collaborazione, attraverso un regime penitenziario più afflittivo perché integralmente intramurario. Disegnando «una sorta di scambio» tra informazioni e benefici penitenziari, la norma impugnata «immette nel percorso carcerario del condannato (...) elementi estranei» all'esecuzione penale e, nello stesso tempo, «opera una deformante trasfigurazione» della libertà di non collaborare di cui ogni detenuto è titolare (§ 8.1).

¹⁰ Le due ordinanze di rinvio sono reperibili nel sito www.amicuscuriae.it, piattaforma di servizio al Seminario “preventivo” svoltosi all'Università di Ferrara, il 27 settembre 2019, i cui atti sono ora pubblicati in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., pp. XXVII-178.

[2] In quanto assoluta, la presunzione legislativa impedisce *in limine* una valutazione giurisdizionale sul concreto percorso carcerario del detenuto, privato per questo di qualsiasi rilevanza giuridica. Si arresta così sul nascere il processo di risocializzazione cui è finalizzata la pena, «frustrando la stessa volontà del detenuto di progredire su quella strada» (§ 8.2).

[3] La natura assoluta della presunzione legislativa si basa sul fallace postulato che l'assenza di collaborazione sia, inequivocabilmente, sinonimo di adesione al sodalizio criminale. Invece (come già riconosciuto dalla Corte EDU¹¹), così non è sempre ed il decorso del tempo in prigione può contraddire tale presunta «immutabilità, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere». Da qui l'esigenza costituzionale di «una valutazione individualizzata e attualizzata» (§ 8.3) di entrambi i fattori da parte della magistratura di sorveglianza.

Inizia così a prendere forma il dispositivo della sent. n. 253/2019: l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. è incostituzionale «nella parte in cui non prevede» la possibilità per il giudice di concedere permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia. E poiché la *ratio* dell'illegittimità è nel carattere assoluto di una generalizzata preclusione, la possibilità di rivolgersi al proprio magistrato di sorveglianza è estesa d'ufficio dalla Corte a *tutti* i detenuti per *tutti* gli altri reati ostativi elencati nella disposizione impugnata. Diversamente, uscirebbe compromessa «la stessa coerenza intrinseca dell'intera disciplina di risulta» (§ 12).

¹¹ Nella sua già citata sentenza *Viola c. Italia n. 2*, la Corte EDU dubita «dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato» (§ 116). Infatti, se la scelta di collaborare con la giustizia può non essere libera (cfr. §§ 116-118), così l'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento può non essere vera (cfr. §§ 119).

In precedenza, già la Corte costituzionale aveva espressamente riconosciuto come «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale» (sent. n. 306/1993).

Cade così una «ostatività sanzionatoria»¹² e si ripristina un «*habeas corpus* penitenziario»¹³, limitatamente alla concedibilità del beneficio dei permessi premio.

4. I «criteri di particolare rigore» per superare la preclusione legislativa

Mutata la natura della presunzione legislativa da assoluta a relativa, la Corte costituzionale si affretta a precisare i «criteri di particolare rigore» (§ 9) necessari per superarla, proporzionati alla peculiare intensità del vincolo imposto dall'originario sodalizio criminale.

L'art. 30-ter ord. penit., dopo l'espiazione di metà della pena (per gli ergastolani, almeno dieci anni), subordina la concessione del permesso premio a una duplice condizione: la regolare condotta penitenziaria e l'assenza di pericolosità sociale del detenuto. Non basta, nel caso di condannato per reato ostativo che non collabori con la giustizia. Così come non basta – tiene a precisare la Corte – la partecipazione al trattamento rieducativo o una mera dissociazione¹⁴. Serve altro, ma cosa?

Certamente l'esclusione dell'*attualità* di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata. Condizione, questa, che la Corte ricava dalla trama

¹² L'espressione si deve a D. PULITANÒ, *Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 155 («non è una bella definizione, ma coglie la sostanza della disciplina»).

¹³ S. CARNEVALE, *Diritto al giudice e habeas corpus penitenziario: l'insostenibilità delle presunzioni assolute sui percorsi individuali*, ivi, p. 61.

¹⁴ Qui, implicitamente, la Corte risponde ad una coppia di argomenti polemici spesi contro la sua sentenza: accontentarsi di una regolare condotta carceraria sarebbe da ingenui (perché i capimafia sono sempre detenuti modello); altrettanto ingenuo sarebbe accontentarsi di dissimulate dissociazioni (di cui si denuncia la sospetta moltiplicazione all'indomani del giudicato costituzionale). Cfr., ad esempio, R. SCARPINATO, *Eliminare l'ergastolo ostativo significa arrendersi alla mafia*, in *Il Fatto Quotidiano*, 12 ottobre 2019; V. IURILLO, *I boss della camorra si "dissociano", così niente ergastolo*, ivi, 7 novembre 2019; G.C. CASELLI, *Ergastolo ostativo: condivido l'appello del Fatto Quotidiano*, ivi, 12 novembre 2019; F. PULEIO, *La "dissociazione" dalla mafia non è il "pentimento"*, www.catania.livesicilia.it, 5 dicembre 2019.

dell'art. 4-*bis* che la prevede nel suo comma 1-*bis*, nei casi di mancata collaborazione in quanto *inesigibile* (perché il reo nulla o poco sa, in ragione della sua limitata partecipazione al fatto criminoso) o *impossibile* (perché già si sa tutto ciò che c'è da sapere del fatto criminoso) o *irrilevante* (perché al reo sono state applicate le circostanze attenuanti di legge). E tuttavia, l'acquisizione di tali elementi è sì «fattore imprescindibile, ma non sufficiente» (§ 9). Serve ancora altro, ma cosa?

Il vaglio della magistratura di sorveglianza – si legge in sentenza – deve estendersi all'acquisizione di elementi che escludano non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata ma, altresì, «il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali» (§ 9). Il carattere necessario di tale requisito è dalla Corte agganciato direttamente all'interesse costituzionale per la prevenzione della commissione di nuovi reati.

Viene così a disegnarsi un quadro normativo rafforzato per la concessione del permesso premio, quando a richiedere il beneficio è un detenuto non collaborante condannato per reati ostativi. Il catalogo delle condizioni è questo: *tot* anni di reclusione alle spalle (almeno dieci, nel caso di condanna all'ergastolo); piena prova di partecipazione al trattamento rieducativo; acquisizione di «elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti» (come si legge, testualmente, nel dispositivo della sentenza).

5. Il regime probatorio tratteggiato in sentenza

Di tale quadro normativo rafforzato la Corte traccia anche il relativo regime probatorio, indicando gli oneri gravanti sul giudice di sorveglianza e sul detenuto richiedente il beneficio penitenziario (§ 9).

Quanto al primo – «ferma restando» la sua autonomia valutativa – deciderà sulla base non solo delle relazioni fornite dalle autorità penitenziarie, ma anche delle dettagliate informazioni acquisite da altre autorità competenti: Procura nazionale antimafia, Procura distrettuale, Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza.

Sul detenuto richiedente, invece, grava l'onere di «specifiche allegazioni» idonee a escludere collegamenti, attuali e futuri, con il sodalizio criminale. Un onere che, secondo la Corte, deve tradursi nell'obbligo di fornire «veri e propri elementi di prova» a sostegno della richiesta, quando contro di essa si è pronunciata la Procura antimafia, d'ufficio o su segnalazione del competente Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

6. La contraerea preventiva contro la sentenza

Questa è l'ecografia della sent. n. 253/2019, fatta oggetto di una formidabile contraerea preventiva messa in atto, con l'appoggio incondizionato di diverse testate giornalistiche, da «*un dream team*» di pubblici ministeri¹⁵.

Sia chiaro: è sempre legittimo esprimere valutazioni critiche di una sentenza, anche costituzionale, alla duplice condizione però di averla letta e di non averla travisata. Entrambe queste condizioni, invece, risultano all'evidenza tradite dalla *tempistica* del dibattito che ha accompagnato la decisione in esame: prende, infatti, la rincorsa contestando a testa bassa «le demenziali doppie sentenze di Strasburgo»¹⁶; precede l'udienza pubblica a Palazzo della Consulta; si inasprisce dopo il comunicato stampa del 23 ottobre che dà notizia della decisione¹⁷; si spinge a sponsorizzare la richiesta di un decreto legge – da convertire all'unanimità in Parlamento – per rimediare al «colpo mortale all'ergastolo ostativo»¹⁸ inferto da una sentenza

¹⁵ L'espressione è di L. FERRARELLA, *Non evochiamo Falcone, miglioriamo il sistema*, nel *Corriere della Sera*, 24 ottobre 2019.

¹⁶ Così (e chi, se no?) M. TRAVAGLIO, *Fine pena vediamo*, in *Il Fatto Quotidiano*, 11 ottobre 2019.

¹⁷ UFFICIO STAMPA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, Comunicato del 23 ottobre 2019, *Reati ostativi: la mancata collaborazione con la giustizia non impedisce i permessi premio purché ci siano elementi che escludono collegamenti con la criminalità organizzata*, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁸ P. GOMEZ, M. TRAVAGLIO, *Subito il decreto o la legge anti-mafiosi e salva-giudici*, in *Il Fatto Quotidiano*, 31 ottobre 2019.

di cui pure non si conoscevano ancora le motivazioni, depositate solo il 4 dicembre¹⁹.

Senza farla troppo lunga: contestare una decisione *prima* che venga presa e *senza* conoscerne le motivazioni, non si chiama legittimo esercizio di critica. Ha tutt'altro nome.

Quanto al merito degli agitati e debordanti commenti, resta agli atti una corposissima rassegna stampa²⁰. Invito tutti a leggerla. Io l'ho fatto, trattenendo il fiato. Infatti, per chi – come me – crede che la pena giusta sia solo la pena conforme a Costituzione, si tratta di una lettura che provoca grande disagio: in larghissima parte²¹ svela una narrazione che non informa,

¹⁹ UFFICIO STAMPA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, Comunicato del 4 dicembre 2019, *Reati ostativi e permessi: giusto “premiare” il detenuto che collabora, inammissibile “punirlo” ulteriormente per la mancata collaborazione*, in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ La si può consultare nel sito www.ristretti.it, comprensiva di tutti gli interventi pubblicati dal 5 ottobre fino almeno al 2 gennaio 2020.

²¹ Non mancano, infatti, interventi di ben altro tenore e spessore, come quelli ospitati nella versione *on line* de *Il Sole-24 ore*: introdotto da A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, un tema su cui riflettere in vista del pronunciamento della Consulta* (11 ottobre 2019) e dalle domande poste per la testata da G. MELZI D'ERIL, G. VIGEVANI, *Sull'ergastolo ostativo un dibattito tra giuristi* (15 ottobre 2019), il dibattito è stato alimentato – in ordine cronologico – dagli interventi di M. BORTOLATO, *Sull'ergastolo ostativo serve un punto di equilibrio*, V. ZAGREBELSKY, *Ergastolo ostativo, troppo rigida e automatica l'esclusione dei benefici*; P. MADDALENA, *Sentenza Cedu sul carcere ostativo*, cit. (15 ottobre 2019); F. PALAZZO, *La doppia anima dell'ergastolo ostativo* (16 ottobre 2019); G. FIANDACA, *Ergastolo ostativo, è il momento di chiarire il concetto di rieducazione* (18 ottobre 2019); F. BIONDI, *La collaborazione con la giustizia all'esame della Corte: le difficoltà della decisione*, E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo, un istituto destinato (forse) a sgretolarsi*, D. PULITANÒ, *Travisamenti e realtà sull'ergastolo ostativo*, F. FIORENTIN, *La “messa a regime” costituzionale dell'ergastolo*, S. LONATI, *Il carcere a vita riemerge nella sua variante più crudele: l'ergastolo ostativo* (19 ottobre 2019); M. PALMA, *Il problema della “ostatività” che racchiude in sé impossibilità, sfiducia e automatismo* (20 ottobre 2019); D. GALLIANI, *L'ergastolo ostativo e il traino dei battelli sul Danubio*, M. PELISSERO, *Ergastolo ostativo: la prevenzione della criminalità e il rispetto della dignità umana*, C. PECORELLA, *Il regime ostativo non risponde a esigenze di difesa sociale* (21 ottobre 2019); A. CALCATERRA, *Ai magistrati il compito di decidere se trasformare il fine pena mai in una pena temporanea* (22 ottobre 2019).

semmai deforma, trasforma, disinforma, antepoendo assunti sociologici (presentati come verità fattuali incontrovertibili) ai vincoli (costituzionali e convenzionali) che pure regolano e limitano il potere coercitivo statale. O almeno così dovrebbe essere, in uno Stato costituzionale di diritto.

È per ragioni di spazio che selezionerò solo alcuni di tali argomenti polemicamente critici, confrontandoli con le ragioni giuridicamente motivate adottate dalla Corte costituzionale nella propria sentenza.

7. Vs. l'argomento ontologico

Si è detto e scritto²² che i membri della criminalità organizzata «sono ontologicamente incompatibili» con ogni prospettiva di recupero. Si tratterebbe di un dato «storicamente e culturalmente certo», perché «non si sceglie di diventare mafioso, si nasce». Dunque, per il mafioso «esistono solo due vie di fuga: la morte o la collaborazione con la giustizia».

La sent. n. 253/2019 non sposa tale massima nella sua assolutezza assiomatica. Resta fedele a una Costituzione per la quale nessuno è mai perso per sempre: parlando di rieducazione del «condannato», infatti, il 3° comma dell'art. 27 usa il singolare, perché «in carcere non ci sono organizzazioni ma persone»²³, tanti pezzi unici ciascuno con la propria storia individuale²⁴.

²² G.C. CASELLI, *Quelle regole spezzano la forza del clan. Farne a meno significa armarli di nuovo*, in *Il Fatto Quotidiano*, 6 ottobre 2019; ID., *Perché è un errore concedere i permessi premio agli ergastolani per reati di mafia*, in *Oggi*, 1 novembre 2019; M. TRAVAGLIO, *Fine pena vediamo*, cit.; A. MASCALI, *Ardita: È la grande battaglia dei boss stragisti e della mafia silente*, in *Il Fatto Quotidiano*, 6 ottobre 2019; V. MUSACCHIO, *Ergastolo ostativo per i boss: va bene eliminarlo?*, in *Gazzetta del Mezzogiorno*, 4 novembre 2019. La tesi – di matrice criminologica – è sviluppata da A. LEGGIERO, *Una necessità di politica criminale o un'anacronistica, crudele ed abnorme punizione di Stato?*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., pp. 127 ss.

²³ E. NOVI, *Bruti Liberati: "Atto di civiltà che indebolirà le mafie"*, in *Il Dubbio*, 5 dicembre 2019.

²⁴ Sottolinea opportunamente il dato letterale S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e "condannato" al singolare anche in relazione all'ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta Online*, Studi, 2018, III, p. 510.

D'altra parte, è proprio l'esperienza penitenziaria a testimoniare riuscite esperienze rieducative anche di ergastolani ostativi non collaboranti che hanno egualmente ottenuto benefici penitenziari, grazie al riconoscimento dell'inesigibilità o impossibilità o irrilevanza della loro collaborazione (ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit.)²⁵.

Ed è ancora l'esperienza a dirci²⁶ che c'è differenza tra chi ha diretto per decenni una cosca e chi vi è entrato poco prima del processo. Tra chi ha pianificato stragi e chi ha ucciso in uno scontro a fuoco tra bande rivali. Tra chi ha ripudiato i propri familiari collaboranti e chi non collabora per paura di ritorsioni a danno dei propri familiari. Differenze tangibili che la stessa amministrazione penitenziaria certifica, quando “declassifica” il detenuto non collaborante, trasferendolo dal regime di alta sicurezza a quello di media sicurezza.

8. Vs. l'argomento allarmistico

Si è detto e scritto²⁷ che la sentenza della Corte costituzionale avrebbe sancito, irresponsabilmente, un generalizzato «liberi tutti», ignorando che il boss in permesso premio «è il Re in esilio che se rientra riprende il suo ruolo»²⁸.

²⁵ Valorizzano il dato empirico C. PECORELLA, M. TRAPANI, *L'art. 4-bis comma 1 ord. penit. alla prova dei fatti: il deficit di razionalità empirica e teleologica*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., pp. 141 ss.

²⁶ Così, pressoché in termini, S. CARNEVALE, *Diritto al giudice e habeas corpus penitenziario*, cit., p. 61.

²⁷ Cfr. L. ABBATE, *Attenti a togliere l'ergastolo ai boss*, ne *L'Espresso*, 6 ottobre 2019; F. FIANO, *Gian Carlo Caselli: “Così c'è l'alto rischio che riprendano le loro attività criminali”*, in *Corriere della Sera*, 24 ottobre 2019; V. MUSACCHIO, *Ergastolo ostativo per i boss*, cit. (che prefigura in giro per le strade criminali come Raffaele Cutolo, Nitto Santapaola, Francesco Schiavone, Francesco Bidognetti, Giovanni Strangio, Giuseppe Rogoli).

²⁸ L'immagine è del Presidente emerito della Corte costituzionale Cesare Mirabelli, intervistato da E. NOVI, *“Una legge non può limitare la sentenza sull'ergastolo”*, in *Il Dubbio*, 1 novembre 2019.

La lettura delle sue motivazioni ridimensiona l'apocalittico scenario di pericolosissimi capi cosca di nuovo tra noi grazie a un giudicato costituzionale talmente irenico da risultare colluso²⁹. Ciò che la Corte riconosce, infatti, è la *possibilità* di domandare – e non il *diritto* di ottenere – un beneficio penitenziario. Il reo non collaborante busserà alla porta del suo giudice di sorveglianza dopo *tot* anni di detenzione (almeno dieci, se ergastolano), dovrà essere attestata la sua piena partecipazione al percorso rieducativo, così come andrà accertata l'assenza di suoi collegamenti, attuali e futuri, con il sodalizio criminale d'origine.

Tutte queste precondizioni sono cumulativamente necessarie e sempre sottoposte al controllo non solitario della magistratura di sorveglianza, senza la cui autorizzazione nessuno otterrà un breve e temporaneo beneficio penitenziario, durante il quale dovrà rigare dritto: in caso di condotte non conformi alla legge o alle prescrizioni imposte dal giudice, infatti, il reo sarà restituito alla sua pregressa condizione detentiva (e difficilmente beneficerà, in futuro, di un nuovo permesso premio³⁰).

Detto in breve, la sent. n. 253/2019 non ha sostituito all'automatismo legislativo un automatismo eguale e contrario, come in malafede si è lasciato credere mirando a un procurato allarme (che un tempo era un reato, mentre oggi è sempre più uno strumento per acquisire facile consenso).

²⁹ Infatti, contro la sentenza della Corte costituzionale (come già per la sentenza della Corte EDU), è stata adoperata abrasivamente anche la logica della proprietà transitiva: possibile accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative = favore alla mafia, *ergo* sent. n. 253/2019 = favore alla mafia. Così, tra molti altri, L. MILELLA, *I diritti di vittime e carnefici*, ne *La Repubblica*, 6 ottobre 2019; L. TESCAROLI, *Fare la guerra all'ergastolo è un messaggio ai boss mafiosi*, in *Il Fatto Quotidiano*, 8 ottobre 2019; ID., *È il mafioso che nega i "diritti dell'uomo"*, *ivi*, 5 novembre 2019; R. RAZZANTE, *Stop all'ergastolo ostativo, il regalo alle mafie che va sanato*, ne *La Notizia*, 25 ottobre 2019; B. LUMIA, *Ergastolo "ostativo": non sarà semplice farne a meno per impedire il ritorno dei boss*, in www.antimafiaduemila.com, 25 ottobre 2019.

³⁰ Cfr., con particolare chiarezza, F. FIORENTIN, *Il passo coraggioso che ancora resta da compiere*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 108.

9. Vs. l'argomento caritatevole

Si è detto e scritto che la responsabilità della decisione affidata a «semplici giudici di sorveglianza»³¹ li esporrebbe a intimidazioni, minacce e pressioni esercitate dai mafiosi condannati per reati ostativi. Da qui la richiesta di allocare la competenza in capo a un organo collegiale, preferibilmente unico a livello nazionale, anche al fine di garantire uniformità giurisprudenziale in materia di concessione dei benefici penitenziari ai non collaboranti.

L'argomento caritatevole³² sembra ignorare che la magistratura di sorveglianza è quotidianamente esposta a simili rischi³³: quando decide sulla natura ostativa della pena inflitta in sede di cognizione, sull'esigibilità o meno della collaborazione, sulla concessione dei benefici penitenziari ai condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis*, sul reclamo circa l'applicazione o la proroga del 41-*bis*.

Costituzionalmente, quella dei magistrati di sorveglianza è – e deve rimanere – una giurisdizione di prossimità perché presuppone l'osservazione del detenuto e una costante interlocuzione con gli operatori penitenziari. La creazione di un unico tribunale nazionale *ad hoc*, in realtà cela malamente una sostanziale sfiducia nei confronti della magistratura di sorveglianza e della sua natura diffusa, capace per questo di assumere decisioni contrarie alle aspettative securitarie dell'opinione pubblica (e di qualche procura della Repubblica).

Quanto all'ipotesi di trasferire la competenza al Tribunale di sorveglianza quale giudice collegiale, ciò significherebbe eliminare un grado nella scala

³¹ P. GOMEZ, M. TRAVAGLIO, *Subito il decreto o la legge anti-mafiosi e salva-giudici*, cit.

³² Argomento che il Presidente emerito della Corte costituzionale e già Guardasigilli, Giovanni Maria Flick, considera un esempio di «*carità pelosa*»: cfr. E. NOVI, «*Che coraggio, la Consulta: sul 4-bis ha ricordato che la pena non è vendetta*», in *Il Dubbio*, 6 dicembre 2019.

³³ Per rammentarlo a tutti – e per difendere la propria funzione giurisdizionale e il proprio prestigio istituzionale – è stato necessario un risoluto comunicato ufficiale del Coordinamento nazionale dei magistrati di sorveglianza (CONAMS): cfr. D. ALIPRANDI, *I Magistrati di Sorveglianza difendono il loro ruolo nel rispetto della Costituzione*, in *Il Dubbio*, 20 novembre 2019. Il suo testo integrale è reperibile in www.ristretti.it.

dei possibili reclami giurisdizionali contro la decisione (positiva o negativa) di concessione del permesso premio richiesto dal non collaborante³⁴.

10. Vs. l'argomento del venir meno dell'interesse a collaborare con la giustizia

Si è detto e scritto³⁵ che l'apertura ai benefici penitenziari per chi non collabora metterebbe a repentaglio uno strumento imprescindibile contro la criminalità organizzata: allentata infatti la camicia di forza del regime ostativo, «nessun mafioso avrebbe più interesse a collaborare» con la giustizia.

È una critica giuridicamente fuori bersaglio, perché la sent. n. 253/2019 non smantella il sistema degli incentivi collegati alla collaborazione. Intonsa resta l'intera legislazione speciale che introduce, a favore dei cc.dd. pentiti, corsie preferenziali nell'accesso a taluni importanti benefici penitenziari. Resta in piedi il meccanismo premiale dell'art. 58-ter, ord. penit. che consente di accedere anticipatamente alle misure alternative, in caso di collaborazione utile ed esigibile. La sentenza, infine, non scalfisce minimamente il regime carcerario dell'art. 41-bis ord. penit., «la cui applicazione ai singoli detenuti presuppone proprio l'attualità dei loro collegamenti con organizzazioni criminali» (§ 8.3), che preclude l'accesso al permesso premio³⁶.

³⁴ Sul punto, problematicamente, vedi F. FIORENTIN, *Una decisione "storica"*, cit., § 4.

³⁵ Cfr., tra gli altri, G. BARBACETTO, *Strasburgo, ultima sentenza: ora i boss sperano di uscire*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 5 ottobre 2019; S. PELLEGRINI, *Se il boss all'ergastolo non collabora e ottiene permessi rischia di diventare un modello*, ne *L'Espresso*, 30 novembre 2019. È anche la preoccupazione del Procuratore nazionale antimafia Cafiero De Raho: cfr. G. BARBACETTO, *In attesa dell'Europa 250 ergastolani ricorrono all'Onu*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 6 ottobre 2019.

³⁶ A rigore, peraltro, ogni riferimento polemico a un temuto allentamento del regime penitenziario del 41-bis è improprio, e non solo perché estraneo alle due questioni di legittimità promosse dai giudici *a quibus*: non si è sempre sostenuto che il c.d. carcere duro è finalizzato *esclusivamente* a impedire che capi e gregari delle associazioni criminali, benché detenuti, possano continuare a svolgere funzioni di comando e direzione di attività illegali eseguite all'esterno del carcere? Che c'entra, allora, il timore che un suo allentamento possa

Semmai³⁷, non può escludersi che sia proprio la possibilità di assaggiare finalmente uno spicchio di libertà extracarceraria ad indurre il reo alla collaborazione, anziché rifiutarla *a priori*.

11. Il seguito della sentenza

Restano da svolgere alcune osservazioni sul prevedibile seguito della sent. n. 253/2019.

Innanzitutto, andrà evitato che la sua feconda *ratio decidendi*, capace di generare un fertile dispositivo, non produca invece un seguito sterile quanto all'effettiva concessione dei permessi premio.

Dipenderà, innanzitutto, da come sarà inteso il requisito predittivo del «pericolo di futuro ripristino» dei collegamenti con il sodalizio criminoso. Toccherà ai giudici valutarne gli elementi, e dovrà essere una valutazione non standardizzata, bensì – come precisa la stessa sentenza – tenendo conto delle «concrete circostanze personali e ambientali» (§ 9).

Dipenderà poi dal tipo di allegazioni richieste e dal relativo regime probatorio che – in assenza di un intervento legislativo – sarà modellato dal diritto vivente giurisprudenziale in sede applicativa. È necessario, infatti, distinguere all'interno della componente additiva della sent. n. 253/2019. Laddove la Corte impone una valutazione giurisdizionale caso per caso, e richiede l'acquisizione di elementi che escludano il pericolo di un futuro ripristino dei collegamenti, introduce due requisiti *costituzionalmente imposti*, e per questo incapsulati nel dispositivo della sentenza. Non altrettanto può dirsi per la relativa trama probatoria tracciata in sentenza: qui la Corte sostituisce la propria discrezionalità a quella legislativa e giurisdizionale, prefigurando una procedura che non può trovare copertura sotto l'ombrello dell'art. 136 Cost. Prova ne sia che essa *non è* incapsulata nel dispositivo della sentenza.

disincentivare condotte collaborative con la giustizia? Detto diversamente, quel timore finisce per svelare nel 41-*bis* una coesistenza tra finalità dichiarate e finalità inconfessabili.

³⁷ Come rileva Riccardo De Vito, cui devo l'osservazione.

Sia come sia, andrà evitato l'inverarsi di una *probatio diabolica*, qual è sempre una prova *negativa*³⁸, tanto più se chiamata a dimostrare l'inesistenza di un fatto futuro³⁹.

L'ultima osservazione è, in realtà, una previsione: la sent. n. 253/2019 fungerà da matrice per tante decisioni-fotocopia quante sono le misure alternative, oggi ancora precluse al non collaborante.

La sua *ratio decidendi*, infatti, non è costruita sulle peculiarità del permesso premio. E tutte le misure alternative alla detenzione sono assimilate nella logica della preclusione assoluta: caduta questa per il permesso premio, cadrà anche per esse, liberazione condizionale compresa (in linea, peraltro, con il *dictum* della Corte di Strasburgo). È lo stesso principio costituzionale di progressività trattamentale a imporlo: se rimanessero precluse tutte le altre misure alternative, il solo permesso premio si rivelerebbe incapace di sviluppare la propria «funzione pedagogico-propulsiva» (§ 8.2). Infine, se – come si legge ancora nella sentenza – la rieducatività della pena va intesa come «recupero del reo alla vita sociale» (§ 8), allora davvero *il fine* della pena esige *la fine* della pena.

Dunque, ragionevolmente, ci avviamo verso il superamento dell'ergastolo ostativo: è solo questione di tempo. Sembrava impossibile, fino a ieri, ma – come si legge in un romanzo di recente pubblicazione⁴⁰ – «impossibile è la definizione di un avvenimento fino al momento prima che succeda».

³⁸ Sulla problematica compatibilità tra diritto di difesa e oneri probatori richiesti dall'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord. penit. vedi, riassuntivamente, C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., pp. 100-102.

³⁹ Si acutizzano così i rischi già segnalati in dottrina a proposito della estrema difficoltà a provare i requisiti richiesti per l'accertamento di una collaborazione impossibile, e le conseguenti critiche a un'eccedente discrezionalità della magistratura di sorveglianza: cfr, da ultimo, E. DOLCINI, *Collaborazione impossibile e ergastolo ostativo*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., pp. 96 ss.

⁴⁰ E. DE LUCA, *Impossibile*, Feltrinelli, Milano, 2019.

Riflessioni a margine della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale

Giuseppe Della Monica

Avvocato; Professore di Procedura penale dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Sommario: 1. La *ratio* della pronuncia. – 2. Un ulteriore passo verso il superamento degli automatismi irragionevoli. – 3. Il conflitto tra le Corti sui limiti alla discrezionalità del legislatore. – 4. L'esigenza di razionalizzare il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi. – 5. Conclusioni.

1. La *ratio* della pronuncia

La disamina della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019¹ consente di rilevare, in primo luogo, che tale pronuncia, sebbene non involga direttamente la questione afferente al cosiddetto “ergastolo ostativo”²,

¹ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, in www.archiviopenale.it, *Giurisprudenza costituzionale*, con note di A. M. CAPITTA, *Permessi premio ai condannati per reati ostativi: la Consulta abbatte la presunzione perché assoluta* e di D. PIVA, *Reati ostativi e permessi premio*. Ulteriori riflessioni sulla pronuncia sono state offerte da L. CATTELAN, *La Consulta salva l'ergastolo ostativo, ma abroga la presunzione assoluta di pericolosità per i condannati a uno dei reati ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit.*, in www.ilpenalista.it, 13 gennaio 2020; G. MALAVASI, *Il problema del permesso premio ai condannati per fatti gravi pur senza la collaborazione con la giustizia*, in *Arch. pen. (web)*, 2020, fasc. n. 1, pp. 1 ss.; A. PUGIOTTO, *La sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 febbraio 2020; M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 12 dicembre 2019.

² Per affrontare tale questione, il giudizio di legittimità costituzionale avrebbe dovuto investire, unitamente all'art. 4-bis comma 1 ord. penit., anche la previsione contenuta nell'art. 2 comma 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991,

comunque offre, in relazione a tale problematica, aperture interessanti, con plurime argomentazioni, tutte apprezzabili e condivisibili, a cominciare dalle considerazioni espresse dalla Corte sulla peculiare funzione del permesso premio, che costituisce un primo “atto di fiducia” nei confronti del detenuto,

n. 203, che ha esteso alla liberazione condizionale – ricompresa tra le cause di estinzione della pena (artt. 176-177 c.p.) – il regime ostativo di cui al citato art. 4-bis. Da ciò consegue che, in mancanza di una collaborazione con la giustizia, salvo che non si versi in una delle ipotesi previste dal comma 1-bis dell’art. 4-bis ord. penit., non può essere concessa la liberazione condizionale al condannato all’ergastolo, anche se ha già espiato ventisei anni di reclusione, come richiesto dall’art. 176 comma 3 c.p., sicché la pena detentiva, in tal caso, finisce per essere effettivamente perpetua, senza una concreta ed effettiva prospettiva di liberazione, in contrasto con quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza sul caso Viola, pronunciata il 13 giugno 2019 e divenuta definitiva il successivo 5 ottobre. Nell’occasione, la Corte europea ha osservato che la scelta del detenuto di non collaborare con la giustizia spesso non è libera, cioè dettata da una permanente adesione ai “valori criminali”, ma piuttosto dalla preoccupazione di non mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari. Va considerata, inoltre, tutt’altro che peregrina – sempre secondo la Corte europea – l’ipotesi di una collaborazione con la giustizia determinata da finalità meramente opportunistiche, per nulla sintomatica, quindi, di una effettiva rivisitazione critica, da parte del reo, della propria condotta criminale e di un’effettiva interruzione dei contatti con l’associazione di appartenenza. Restringere, pertanto, alla sola collaborazione con la giustizia la via di accesso alla liberazione condizionale significa non concedere all’ergastolano una effettiva e libera possibilità di arrivare alla definitiva espiazione della pena, che diviene equiparabile, così, ad un trattamento inumano e degradante, vietato dall’art. 3 CEDU. Per più articolate riflessioni sulla sentenza, v. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L’ergastolo ostativo non supera l’esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola c. Italia)*, in *Osservatorio cost.*, 2019, fasc. n. 4, pp. 191 ss.; D. MAURI, “Scacco” all’ergastolo ostativo: brevi note a margine della pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso Viola c. Italia e del suo impatto sull’ordinamento italiano, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, fasc. n. 3, pp. 1 ss.; A. TARALLO, *Il “fine pena mai” di fronte al controllo CEDU: un “margine di apprezzamento” sempre più fluttuante e aleatorio*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, fasc. n. 1, pp. 91 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Per sempre dietro le sbarre? L’ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, fasc. n. 10, pp. 15 ss.

consentendone il controllo allorquando si allontana, per periodi di tempo limitati, dalla struttura carceraria³.

Ancora più stimolanti si rivelano le argomentazioni poste a fondamento della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., che sollecitano una riflessione di più ampio respiro, articolata in chiave sistematica.

La Corte costituzionale ha aperto la strada, in prospettiva, ad una possibile soluzione della controversa problematica dell'ergastolo ostativo, censurando – come già accaduto in passato⁴ – il ricorso del legislatore a presunzioni assolute⁵, anche quando esse non appaiono supportate e giustificate da dati di

³ In proposito, la Corte costituzionale ha richiamato le sue precedenti sentenze n. 227 e n. 504 del 1995, n. 445 del 1997 e n. 257 del 2006. D'altra parte, anche la Corte di cassazione, nell'ordinanza di rimessione alla Consulta della questione di legittimità costituzionale, aveva rimarcato la peculiare funzione – nell'ottica rieducativa e risocializzante del reo – del permesso premio, finalizzato alla cura di interessi affettivi, culturali e di lavoro del condannato.

⁴ Restando in materia di esecuzione penale, si segnala in via esemplificativa, tra le tante pronunce di rilievo sull'argomento, Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 438, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 2059 ss., con nota di F. APRILE, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus Hiv.*

⁵ Le presunzioni – secondo la definizione ricavabile dall'art. 2727 c.c. – sono conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato. Esse si distinguono – come si evince dall'art. 2729 c.c. – in presunzioni legali (cioè previste dalla legge) e semplici (che si basano, invece, su massime di esperienze), nonché in assolute (che non ammettono prova contraria) e relative (che ammettono, invece, la prova contraria, determinando un'inversione dell'onere probatorio). Solo le presunzioni legali – laddove risulti acclarato il fatto noto – esonerano il giudice dall'obbligo di motivazione sulla ritenuta sussistenza del fatto ignoto (posto che la sua deduzione è prevista *ex lege*, salvo eventuale prova contraria, se la presunzione è relativa), mentre le presunzioni semplici si risolvono in criteri argomentativi, cui il giudicante può fare ricorso allorquando ne abbia verificato l'affidabilità e l'attinenza alla *res iudicanda*. Tra gli studi di maggiore spessore sul tema, ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia ai contributi di A. CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, 1920, pp. 4 ss.; F. CORDOPATRI, *Presunzione (teoria generale e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 276 ss.; M. FERRAIOLI, *Presunzioni (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 310 ss.; A. PALAZZO, *Presunzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 265 ss.; L.

esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*.

Una censura analoga, quindi, a quella che ha motivato i reiterati interventi della stessa Corte costituzionale sulla disposizione dell'art. 275 comma 3 c.p.p., dichiarata più volte illegittima nella parte in cui stabiliva, per reati diversi dall'associazione a delinquere di stampo mafioso o terroristico (artt. 270, 270-bis e 416-bis c.p.), una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, laddove si fosse accertata, per un verso, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e constatata, per altro verso, la mancanza in atti di elementi idonei a dimostrare l'assenza di *pericula libertatis*, anch'essi presunti *ex lege*, ma facendo salva, in questo caso, la prova contraria⁶.

La presunzione di poter fronteggiare le esigenze cautelari esclusivamente con la misura restrittiva di massimo rigore si giustifica – secondo la Corte costituzionale – solo in presenza di un reato che implichi un vincolo stabile di appartenenza ad un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità, per radicamento sul territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice, poiché solo il carcere – come confermano i dati dell'esperienza – è in grado di interrompere quel vincolo⁷. In altri termini, l'inserimento organico all'interno di un'associazione criminosa di tipo terroristico o mafiosa è l'unico presupposto fattuale che può assicurare alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere un

RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, pp. 32 ss.; M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83 ss.

⁶ L'elenco di tali sentenze – che si sono succedute dal 2010 al 2015 (fino a quando il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. è stato sostituito dalla l. 16 aprile 2015, n. 47, recependo le indicazioni della Corte costituzionale) – è particolarmente nutrito. Per la loro illustrazione commentata, v. G. LEO, *Rassegna di giurisprudenza costituzionale sul processo penale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015, fasc. n. 3, pp. 124 ss.

⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., 9 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 2149 ss., con note di A. MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?* e di T. RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta* (pp. 3722 ss.), nonché in *Cass. pen.*, 2011, pp. 3335 ss., con nota di S. LONGO, *Illegittimità costituzionale delle presunzioni in materia cautelare*.

fondamento giustificativo costituzionalmente valido. Resta da precisare che la Corte – nelle sue pronunce sulla previsione di cui all’art. 275 comma 3 c.p.p. – non ha mai negato la ragionevolezza della presunzione in sé, ma solo del suo carattere assoluto, non superabile neppure di fronte alla concreta evidenza della possibilità di salvaguardare i *pericula libertatis* con misure meno afflittive.

Altra presunzione assoluta è quella sottesa alla disposizione di cui all’art. 4-*bis* comma 1 ord. penit.,⁸ che preclude ai condannati per taluni delitti – tra i quali sono ricompresi i reati di criminalità organizzata e quelli commessi con finalità di terrorismo – l’accesso alle misure alternative alla detenzione, eccetto la liberazione anticipata, ai permessi premio e al lavoro svolto all’esterno del carcere⁹, salvo che il detenuto non collabori con la giustizia a norma dell’art. 58-*ter* ord. penit. o dell’art. 323-*bis* comma 2 c.p., laddove la condanna abbia ad oggetto uno dei reati contro la pubblica amministrazione inclusi nell’elenco delle fattispecie ostative¹⁰. La *ratio* della previsione è

⁸ Per l’analisi, in una prospettiva generale, dei contenuti della disposizione, v. L. CARACENI, *Art. 4-bis*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, pp. 41 ss.; E. FARINELLI, *Art. 4-bis ord. penit.*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. III, Milano, 2017, pp. 2125 ss.; A. MARANDOLA, *Art. 4 bis ord. penit.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale*, Milano, 2019, pp. 41 ss.; A. SAMMARCO, *Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4-bis e 58-ter l. 26 luglio 1975, n. 354: la collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, pp. 871 ss.

⁹ Per la liberazione condizionale, l’estensione a tale beneficio della disciplina dettata dall’art. 4-*bis* ord. pen. è avvenuta – come già detto (*supra*, nota n. 2) – con l’art. 2 comma 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152.

¹⁰ L’inclusione si deve alla legge 9 gennaio 2019, n. 3, ribattezzata “legge spazzacorrotti”. Di recente, la Corte costituzionale si è pronunciata sull’applicazione retroattiva – in mancanza di una disciplina transitoria – della disposizione che ha esteso ai reati contro la pubblica amministrazione le preclusioni previste dall’art. 4-*bis* ord. penit. La Corte, preso atto che – secondo la costante interpretazione giurisprudenziale – le modifiche peggiorative della disciplina sulle misure alternative alla detenzione vengono applicate retroattivamente, ha ritenuto tale interpretazione costituzionalmente illegittima – con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell’ordine di carcerazione successivo alla sentenza di condanna – poiché l’efficacia di una

evidente: i condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. sono considerati particolarmente pericolosi – in ragione della gravità dell'illecito commesso, sintomatico dell'appartenenza dell'autore alla criminalità organizzata o del suo collegamento con la stessa – e l'unico strumento idoneo a dimostrare l'avvenuta rescissione del legame con l'ambiente criminoso di appartenenza – consentendo loro, di conseguenza, l'accesso ai benefici penitenziari – è costituito dalla collaborazione con la giustizia¹¹. In sostanza, per taluni delitti, il legislatore ha presunto, in via assoluta, che il superamento della preclusione posta dall'art. 4-*bis* ord. penit. possa avvenire unicamente attraverso la collaborazione con la giustizia¹², non essendovi altro modo per avere certezza dell'avvenuta elisione dei pregressi rapporti del reo con ambienti criminali¹³.

disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale – rispetto a quella prevista al momento del reato – è incompatibile con il principio di legalità delle pene sancito dall'art. 25 comma 2 Cost.

¹¹ Con tale disposizione – che non a caso ha assunto l'attuale fisionomia con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, emanato a seguito della strage di Capaci del 23 maggio 1992 e dichiaratamente ispirato a «finalità di prevenzione generale e di tutela della sicurezza collettiva» – il legislatore ha inteso perseguire anche l'obiettivo di incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale, la collaborazione con la giustizia dei soggetti appartenenti o contigui ad associazioni criminali.

¹² Vero è che il condannato non è mai “costretto” alla delazione, restando pur sempre una scelta libera quella di collaborare, al fine di accedere ai benefici penitenziari, ma ciò non esclude che la presunzione della mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, gravante sul detenuto non collaborante, è comunque assoluta, perché non può essere superata da altro se non dalla collaborazione.

¹³ La previsione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit. – recependo quanto stabilito dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 68 del 1995, n. 357 del 1994 e n. 306 del 1993 – equipara alla collaborazione prestata *ex artt.* 58-*ter* ord. penit. o 323-*bis* c.p. quella “impossibile” o “inesigibile”, in ragione della limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso, affermata nella sentenza di condanna, o dell'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, sempre risultante dalla sentenza irrevocabile. La preclusione di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. può essere superata anche quando la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, purché al condannato sia stata concessa una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, o dagli artt. 114 e 116 comma 2 c.p. Nelle richiamate

È proprio su questo punto che si è concentrata l'attenzione della Corte costituzionale, che ha ritenuto il carattere assoluto della presunzione in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

Sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3 Cost.), i giudici costituzionali hanno ribadito – riecheggiando le considerazioni già espresse dalla Corte europea nella sentenza pronunciata sul caso Viola¹⁴ – che l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione non confortata dai dati dell'esperienza. Per un verso, infatti, la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, ben potendo essere motivata da ragioni opportunistiche e non rivelare alcun distacco effettivo dagli ambienti criminosi. Per altro verso, il rifiuto di collaborare non può assurgere ad insuperabile indice legale di mancato ravvedimento, poiché questa scelta, talvolta, non è dettata da una permanente adesione ai valori criminali, quanto, piuttosto, dalla preoccupazione di mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari.

La Corte ha ravvisato, inoltre, la violazione dell'art. 27 comma 3 Cost., poiché l'assolutezza della presunzione – se il condannato non collabora – impedisce di valutare gli esiti del suo percorso carcerario, compromettendo, così, la funzione rieducativa della pena¹⁵. Il detenuto non collaborante, infatti, durante l'espiazione della pena, ben può maturare il convincimento di interrompere qualunque collegamento con circuiti criminali e la sua scelta è

ipotesi di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante, occorre, comunque, che siano stati acquisiti elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

¹⁴ V. *supra*, nota n. 2.

¹⁵ La Corte ha osservato ancora, in sentenza, che «l'assenza di collaborazione con la giustizia dopo la condanna non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, in conseguenza del fatto che il detenuto esercita la (legittima) facoltà di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato». In altri termini, la disposizione impugnata, «anche in nome di prevalenti esigenze di carattere investigativo e di politica criminale, opera(va) una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto».

verificabile attraverso specifiche acquisizioni e allegazioni¹⁶, da sottoporre ad un attento vaglio della magistratura di sorveglianza, tanto più rigoroso quanto più intenso è il collegamento con il sodalizio criminale di cui si esige l'abbandono definitivo. Più specificamente, laddove il detenuto abbia avuto collegamenti con la criminalità organizzata, l'accertamento deve essere volto ad escludere non solo la persistenza di tali collegamenti, ma anche il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali.

È sulla scorta di tali argomentazioni che la Corte è giunta alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia¹⁷, 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.

2. Un ulteriore passo verso il superamento degli automatismi irragionevoli

L'aspetto della pronuncia di maggiore interesse sul piano più squisitamente processuale – per le riflessioni di ordine sistematico che sollecita – è

¹⁶ La disposizione di cui al comma 2 dell'art. 4-*bis* ord. penit. prevede che, ai fini della concessione dei benefici penitenziari, la magistratura di sorveglianza decide non solo sulla base delle relazioni trasmesse dagli organi operanti all'interno della struttura carceraria, ma anche delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente, del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale territorialmente competente. Grava, inoltre, sul condannato che richiede il beneficio, l'onere di specifica allegazione di elementi di prova a lui favorevoli, come precisato costantemente dalla giurisprudenza di legittimità pronunciatasi sul comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit., che impone, nei casi di collaborazione impossibile o inesigibile, l'accertamento della insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

¹⁷ La pronuncia della Corte è riferita esclusivamente al permesso premio semplicemente perché nei giudizi *a quibus* – dove è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza n. 239 del 2019 – era in discussione la concedibilità ai detenuti di tale beneficio, non di altri.

costituito, senza dubbio, dalla ritenuta violazione dell'art. 3 Cost. Sotto questo profilo, la sentenza n. 239 del 2019 è in linea con l'orientamento della Corte costituzionale – oramai consolidato¹⁸ – che reputa irragionevole la presunzione assoluta sulla quale si fonda una disposizione normativa, tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa¹⁹.

Nel caso di specie, peraltro, la declaratoria di incostituzionalità ha colpito la previsione di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. penit. con riferimento a tutti i reati ivi elencati, compreso il delitto di appartenenza ad un'associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416-bis c.p.). Anche per gli intranei a tale sodalizio criminoso è stata riconosciuta, quindi, l'arbitrarietà della presunzione *iuris et de iure* che collega (sempre) la scelta di non collaborare del detenuto alla mancata rescissione dei suoi legami con la criminalità organizzata.

La Corte era consapevole di censurare la generalizzazione operata dal legislatore anche con riferimento ad un reato – quello di cui all'art. 416-bis c.p. – rispetto al quale la stessa Corte costituzionale ha ritenuto, invece, ragionevole la presunzione assoluta – vigente in materia cautelare (art. 275 comma 3 c.p.p.)²⁰ – di adeguatezza della sola custodia in carcere per la tutela dei *pericula libertatis*, in quanto «l'appartenenza ad una associazione di stampo mafioso implica un'adesione stabile ad un sodalizio criminoso, di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di

¹⁸ *Ex multis*, cfr. Corte cost., 19 ottobre 2016, n. 286, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 1059 ss.; ID., 8 luglio 2015, n. 185, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 1400 ss.; ID., 16 luglio 2013, n. 232, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 4330 ss.; ID., 22 febbraio 1999, n. 41, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 284 ss.; ID., 8 luglio 1982, n. 139, in *Cass. pen.*, 1982, pp. 1699 ss.

¹⁹ Laddove, poi, la presunzione “irragionevole” operi nel campo dell'esecuzione penale, può ipotizzarsi la violazione – in aggiunta all'art. 3 Cost. – anche dell'art. 27 comma 3 Cost., per il pregiudizio arrecato alla funzione rieducativa e risocializzante della pena (sul punto, v. anche *infra*, § 4).

²⁰ Il discorso vale anche per i delitti di associazione sovversiva e di associazione a delinquere con finalità di terrorismo, anche internazionale (artt. 270 e 270-bis c.p.), inclusi nell'elenco di cui al comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., ma in relazione ai quali è stata mantenuta ferma la presunzione assoluta posta dall'art. 275 comma 3 c.p.p.

collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo»²¹. Per sgombrare il campo dall'apparente incongruenza, i giudici costituzionali hanno precisato che il mantenimento della presunzione assoluta di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. si giustifica non solo per le peculiari connotazioni del sodalizio mafioso, ma anche perché la valutazione cautelare viene effettuata, generalmente, in epoca prossima alla commissione del reato. Viceversa, nella fase esecutiva, ai fini delle valutazioni che è chiamata a compiere la magistratura di sorveglianza, il tempo trascorso dalla consumazione dell'illecito ha indubbiamente un'incidenza maggiore, trattandosi, spesso, di un lasso temporale considerevole, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto²², sia del contesto esterno al carcere²³. È possibile, ovviamente, che il vincolo associativo permanga inalterato anche a distanza di tempo, proprio per le peculiari caratteristiche del sodalizio mafioso, ma tale eventualità va accertata caso per caso, trasformando, a tal fine, da assoluta a relativa, la presunzione posta a fondamento dell'art. 4-bis comma 1 ord. penit.

In realtà, la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere, prevista dall'art. 275 comma 3 c.p.p., è strettamente collegata all'altra presunzione – questa, invece, *iuris tantum* – di sussistenza delle esigenze cautelari, anch'essa stabilita dall'art. 275 comma 3 c.p.p. con riferimento ai delitti di criminalità organizzata. In sostanza, la disposizione appare nel suo complesso ragionevole, poiché l'applicazione della misura di massimo rigore presuppone, comunque, la verifica della mancanza, in atti, di elementi probatori che possano escludere la sussistenza di esigenze cautelari

²¹ Così si legge nella parte motivazionale della sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019 della Corte cost., cit., *supra*, nota n. 1.

²² La valutazione della personalità del detenuto – anche tenendo conto della sua evoluzione durante il periodo di espiazione della pena – è imposta, peraltro, dall'art. 27 comma 3 Cost., che costituisce l'ulteriore parametro costituzionale a cui la Corte ha ancorato la declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis comma 1 ord. penit., a differenza di quanto accaduto in relazione all'art. 275 comma 3 c.p.p.

²³ Ben può verificarsi, ad esempio, che l'associazione criminale di riferimento non esista più, per naturale estinzione o perché completamente debellata dai provvedimenti dell'autorità giudiziaria e dagli interventi repressivi delle forze dell'ordine.

concrete e attuali. Se la misura deve essere adottata, non essendo stata superata la presunzione relativa di ricorrenza delle esigenze cautelari, non può ritenersi arbitraria la scelta del legislatore di imporre al giudice l'applicazione della custodia in carcere, poiché l'esperienza insegna che i *pericula libertatis* configurabili nei confronti del soggetto intraneo ad un'associazione a delinquere di stampo mafioso sono prevenibili solo con la restrizione carceraria.

Sembra, quindi, tollerabile la presunzione assoluta di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., non tanto in virtù della stretta contiguità temporale che si registra, di regola, tra la commissione del fatto e l'adozione della misura restrittiva – come sostenuto dalla Corte costituzionale – quanto, piuttosto, perché l'operatività di detta presunzione richiede una valutazione preliminare sulle esigenze cautelari, sia pure nei termini della mera verifica, in negativo, della insussistenza di elementi che possano escludere i *pericula libertatis*. A prescindere dal tempo in cui interviene la pronuncia *de libertate*, l'operatività della presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere potrebbe essere comunque neutralizzata dalla riscontrata assenza di esigenze cautelari meritevoli di tutela. Più cresce la distanza temporale dalla consumazione del reato, maggiori sono le possibilità, evidentemente, di rilevare l'inutilità della misura cautelare, ma non può escludersi che l'assenza di *pericula libertatis* – da cui deriva, giocoforza, l'inefficacia della presunzione assoluta che vincola la scelta della misura – si registri anche nell'immediatezza del fatto, per l'avvenuta disgregazione del sodalizio criminoso o perché il singolo partecipe decida, *sua sponte*, di dissociarsi dal gruppo, cambiando radicalmente vita.

In definitiva, le presunzioni previste dagli artt. 275 comma 3 c.p.p. e 4-bis ord. penit. – sebbene appartengano allo stesso *genus* – sono inserite in contesti normativi del tutto diversi e il dato finisce inevitabilmente per influenzare il sindacato sul corretto esercizio del potere legislativo, nell'uno e nell'altro caso.

Ciò non significa, tuttavia, mettere in discussione l'assunto posto a fondamento della sentenza n. 253 del 2019, secondo cui le presunzioni assolute debbono ritenersi arbitrarie – e, quindi, costituzionalmente illegittime – se non risultano suffragate da evidenze empiriche generalizzate che ne confermano la validità.

3. Il conflitto tra le Corti sui limiti alla discrezionalità del legislatore

La trama argomentativa sviluppata nella sentenza n. 253 del 2019 induce a riflettere sulla ragionevolezza di altre presunzioni assolute, anch'esse contenute in disposizioni che stabiliscono modalità differenziate di esecuzione della pena, applicabili ai soggetti condannati per determinati delitti.

L'indagine trae spunto da una curiosa coincidenza temporale: il 18 luglio 2019 la Corte costituzionale depositava la sentenza n. 188²⁴, con la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. penit., nella parte in cui non esclude l'operatività del regime ostativo nei confronti del condannato per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), allorquando sia stata riconosciuta, in sentenza, l'attenuante della lieve entità del fatto prevista dall'art. 311 c.p.²⁵; lo stesso

²⁴ Ci si riferisce a Corte cost., 5 giugno 2019, n. 188, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 4283 ss., con nota di E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., 5 giugno 2019, n. 188*, nonché in *Giur. cost.*, 2019, pp. 2156 ss., con nota di C. FIORIO, *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4-bis ord. penit. tra populismi, realpolitik e rispetto dei valori costituzionali*; ancora, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, pp. 1734 ss., con nota di F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale "salva" lo sbarramento dell'art. 4-bis ord. penit. (e la discrezionalità del legislatore)*.

²⁵ In realtà, il richiamato art. 311 c.p. prevede espressamente l'applicabilità dell'attenuante della lieve entità del fatto – configurabile quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto appaia connotato, oggettivamente, da minore disvalore – ai delitti inclusi nel titolo I del libro II del Codice penale (delitti contro la personalità dello Stato: artt. 241-313 c.p.), tra i quali figura anche il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-bis c.p.). La Corte costituzionale, con la sentenza n. 68 del 2012, ha esteso l'applicabilità di tale attenuante al delitto di cui all'art. 630 c.p., che prevede e punisce il sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Secondo i giudici costituzionali, non era sorretta da alcuna ragionevole giustificazione – con conseguente violazione dell'art. 3 Cost. – la mancata previsione, in rapporto al sequestro di persona a scopo di estorsione, di un'attenuante per i fatti di lieve entità analoga a quella applicabile alla fattispecie "gemella" del sequestro di persona a scopo terroristico o eversivo, tanto più che detta attenuante assolve la funzione di mitigare, tenuto conto dei profili oggettivi del fatto, una risposta punitiva improntata ad eccezionale asprezza e che, proprio per questo, rischia di rivelarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale. L'art. 630 c.p. è stato

giorno, sempre il 18 luglio 2019, la Prima sezione penale della Corte di cassazione pronunciava l'ordinanza con la quale ha eccepito l'incostituzionalità dell'art. 1 comma 6, lett. b), della l. 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito tra le fattispecie ostative di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. penit. – insieme ad altri reati contro la pubblica amministrazione – anche il delitto di peculato *ex art. 314 comma 1 c.p.*²⁶.

La connessione tra le due pronunce è evidente, poiché entrambe muovono dal rilievo che l'art. 4-bis ord. penit., per effetto delle numerose modifiche intervenute negli anni, si è trasformato in un contenitore disorganico, in cui si rinviene un elenco eterogeneo e stratificato di reati, tra i quali figurano – accanto ai delitti di criminalità organizzata – una serie di fattispecie profondamente diverse tra loro, per tipologia, natura e disvalore²⁷.

dichiarato costituzionalmente illegittimo, pertanto, anche con riferimento all'art. 27 comma 3 Cost., non riuscendo sempre a garantire – senza la possibilità di applicare l'attenuante di cui all'art. 311 c.p. – l'irrogazione di una pena proporzionata al fatto concretamente commesso (v. Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 892 ss., con nota di C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso – troppo? – sul serio»*; in *Cass. pen.*, 2012, p. 2384, con nota di S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*; in *Giur. it.*, 2013, p. 31, con nota di F. BAIOLO, *Prosegue la “costituzionalizzazione” del principio di proporzionalità delle pene nella giurisprudenza della Consulta*; in *Guida dir.*, 2012, n. 20, p. 62, con nota di V. MANES, *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*).

²⁶ L'inclusione – come già detto (*supra*, nota n. 10) – è avvenuta ad opera della c.d. “legge spazzacorrotti”, che ha aggiunto all'elenco dei reati ostativi le fattispecie di cui agli artt. 314 comma 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater comma 1, 320, 321, 322, 322-bis c.p.

²⁷ Sono stati progressivamente inseriti nell'art. 4-bis ord. penit. i reati di violenza sessuale (con la legge 1 ottobre 2012, n. 172, recante la «*ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, stipulata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*»), il reato di scambio elettorale politico-mafioso (con la legge 23 febbraio 2015, n. 19, recante il «*divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'articolo 416-ter del codice penale*»), il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (con il decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, recante «*misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni*

Altro aspetto comune alle due pronunce è la constatazione che la previsione di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. stabilisce un regime differenziato di esecuzione della pena per determinati soggetti, che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale sono stati condannati.

Pur partendo da premesse condivise, le due Corti sono giunte, tuttavia, ad approdi opposti.

Secondo la Corte di cassazione, l'art. 4-*bis* ord. penit. esprime, oggi, una vera e propria incongruenza criminologica, poiché il catalogo di reati in esso contenuto, oltre ad essere estremamente composito, appare persino aspecifico rispetto alle preclusioni e alle limitazioni imposte ai condannati da quella disposizione²⁸. In particolare, il delitto di peculato – incluso nell'elenco delle fattispecie ostative – non ha alcuna connotazione strutturale che consenta di esprimere un giudizio di elevata e generalizzata pericolosità del suo autore. Il legislatore, infatti, all'art. 314 c.p., punisce una condotta essenzialmente volta all'arricchimento personale, ottenuto attraverso lo sfruttamento di una particolare condizione di fatto – vale a dire, il possesso di beni pubblici per ragioni correlate al servizio – senza il ricorso alla violenza o alla minaccia verso terzi. Si tratta, peraltro, di un reato difficilmente riconducibile a contesti associativi o di criminalità organizzata, poiché si manifesta, nella generalità

*internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione», convertito, con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015, n. 43) e larga parte dei reati contro la pubblica amministrazione (con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante «misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici»). Da ultimo, nell'elenco delle fattispecie ostative è stata aggiunta anche quella prevista dall'art. 583-*quinquies* c.p. – introdotto dall'art. 12 della legge 19 luglio 2019, n. 69 (contenente «modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere») – che punisce chiunque cagiona una lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso (per un primo commento alla novella, v. F. FIORENTIN, *Come si applicano i benefici penitenziari*, in *Guida dir.*, 2019, n. 37, pp. 114 ss.).*

²⁸ V. Cass., sez. I, 18 luglio 2019, n. 31853, in *Dir. e giustizia*, 19 luglio 2019, fasc. n. 134, p. 10, con nota di F.G. CAPITANI.

dei casi, con forme di consumazione episodiche e soggettivamente ristrette. L’inserimento del peculato nel novero dei reati di cui all’art. 4-*bis* ord. penit. – oltre ad apparire in contrasto con il canone di ragionevolezza (art. 3 Cost.) – priva il Tribunale di sorveglianza della possibilità di valutare, caso per caso, le caratteristiche obiettive del fatto e la personalità del reo, con la conseguente violazione dei principi di individualizzazione del trattamento sanzionatorio e del finalismo rieducativo della pena sanciti dall’art. 27 comma 3 Cost.²⁹. A ciò si aggiunga che, nei confronti dei condannati per reati ostativi, l’art. 656 comma 9 c.p.p. vieta la sospensione dell’ordine di carcerazione, prevista, invece, come obbligatoria dal comma 5 della richiamata disposizione³⁰, laddove la pena da eseguire – sempre che l’interessato non si trovi in stato di custodia cautelare in carcere al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna – non sia superiore a quattro anni di reclusione³¹. Il divieto risponde all’esigenza di attivare immediatamente un circuito esecutivo differenziato per alcune categorie di condannati, che il legislatore

²⁹ Analoga questione di legittimità costituzionale – sempre in relazione agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. – è stata sollevata dalla Corte di appello di Caltanissetta con ordinanza dell’8 ottobre 2019 (richiamata, in motivazione, da Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 49, in www.sistemapenale.it, 13 marzo 2020, con nota di F. LAZZERI, 4-*bis*, “spazzacorrotti” e censure di incostituzionalità per irragionevolezza: depositata l’ordinanza di restituzione degli atti).

³⁰ Sulla *ratio* della previsione, v. L. KALB, *La esecuzione delle pene detentive*, in AA.VV., *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, a cura di F.P.C. IOVINO, L. KALB, Milano, 1998, pp. 1 ss.

³¹ Il limite di pena per l’operatività della sospensione è stato innalzato a quattro anni di reclusione – rispetto alla soglia dei tre anni di reclusione originariamente prevista – da Corte cost., 6 febbraio 2018, n. 41, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 500 ss., che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 656 comma 5 c.p.p., in riferimento all’art. 3 Cost., ritenendo irragionevole il mancato coordinamento di tale disposizione con l’art. 47 comma 3-*bis* ord. penit., nella parte in cui individua il limite massimo di pena per accedere all’affidamento in prova al servizio sociale. Per l’approfondimento della pronuncia, si rinvia a F. TRAPPELLA, *Automatica sospensione dell’ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 1924 ss.; D. VICOLI, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistemati: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell’ordine di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 500 ss.

reputa – in ragione del titolo del reato commesso – di elevata pericolosità sociale e tendenzialmente insensibili all’opera di rieducazione o, comunque, bisognosi di una particolare verifica di affidabilità soggettiva, così da imporre il loro ingresso in carcere prima di accedere, eventualmente, a misure alternative alla detenzione o ad altri benefici penitenziari³². In definitiva, gli artt. 4-*bis* ord. penit. e 656 comma 9 c.p.p. delineano un percorso diversificato – e deteriore – di esecuzione della pena, sulla base di una presunzione di pericolosità del condannato – che la Corte di cassazione ha ritenuto irragionevole con specifico riferimento al peculato³³ – ancorato esclusivamente al titolo del reato commesso³⁴.

³² Sempre che, ovviamente, la condanna non sia contenuta nei limiti di cui all’art. 163 c.p. e il condannato abbia beneficiato della sospensione condizionale della pena.

³³ La Corte di appello di Palermo, con ordinanza del 29 maggio 2019, ha sollevato la stessa questione di legittimità costituzionale, ma con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 319-*quater* comma 1 c.p. – che punisce la condotta di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità tenuta dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di pubblico servizio – inserita nell’art. 4-*bis* ord. penit. dalla legge n. 3 del 2019, con la conseguente operatività del divieto di sospensione dell’esecuzione *ex art.* 656 comma 9, lett. *a*), c.p.p., mentre il privato cittadino “indotto” è punito, per la promessa o la elargizione di denaro o altra utilità, ai sensi del comma 2 dell’art. 319-*quater* c.p., fattispecie, quest’ultima, non inclusa, invece, nel catalogo dei reati ostativi. In via subordinata, la Corte di appello di Palermo chiedeva la declaratoria di incostituzionalità del medesimo combinato disposto normativo – in riferimento agli artt. 3, 25 comma 2 e 117 comma 1 Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU – perché la mancata previsione di un regime transitorio rendeva applicabile la disciplina degli artt. 4-*bis* ord. penit. e 656 comma 9 c.p.p. – secondo l’interpretazione prevalente in giurisprudenza – anche ai condannati per fatti commessi anteriormente all’entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

³⁴ Sulle questioni sollevate dalla Corte di cassazione, dalla Corte di appello di Palermo (*v. supra*, nota n. 33) e dalla Corte di appello di Caltanissetta (*v. supra*, nota n. 29) si è pronunciata la Corte costituzionale con l’ordinanza n. 49 del 2020 (Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 49, cit.), che ha disposto la restituzione degli atti ai rimettenti per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni proposte, alla luce del mutato contesto normativo, determinato dalla sentenza n. 32 del 2020 (Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, in *Guida dir.*, 2020, fasc. n. 13, pp. 105 ss., nonché in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 23 marzo 2020, con nota di V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, comma 2, Cost. rompe gli argini dell’esecuzione*

Sul tema, come già detto, è intervenuta contestualmente anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 188 del 2019, che ha dichiarato l'infondatezza della questione relativa alla mancata esclusione dal catalogo dei reati ostativi della fattispecie del sequestro di persona a scopo di estorsione, allorquando sia stata applicata l'attenuante del fatto di lieve entità (artt. 630 e 311 c.p.)³⁵. Secondo il giudice rimettente³⁶, la presunzione di elevata pericolosità del condannato – sottesa alla previsione di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. – non trova una ragionevole giustificazione, sul piano empirico, se il delitto si manifesta in forma attenuata, vale a dire senza collegamenti con organizzazioni criminali, con una condotta estemporanea ed una limitata lesione della libertà e del patrimonio della vittima del sequestro. La Corte costituzionale non ha, però, condiviso tale impostazione, evidenziando, in primo luogo, che il riconoscimento dell'attenuante della lieve entità del fatto non necessariamente esclude l'adesione o la partecipazione dell'autore del reato a stabili e strutturate organizzazioni criminali³⁷. D'altra parte,

penale), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 6, lett. b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3, in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della suddetta legge n. 3/2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione, della liberazione condizionale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656 comma 9 c.p.p. La pronuncia interlocutoria adottata dalla Corte costituzionale si spiega perché le tre ordinanze di remissione erano state emesse nell'ambito di incidenti di esecuzione promossi da condannati per delitti di peculato e di induzione indebita commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

³⁵ V. Corte cost., 18 luglio 2019, n. 188, cit., p. 2147. La stessa questione, a distanza di pochi mesi, è stata nuovamente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, che ha ribadito il già espresso giudizio di infondatezza della stessa (Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 52, in www.giurisprudenzapenale.com, 13 marzo 2020).

³⁶ A promuovere il giudizio di legittimità costituzionale è stata, anche in questo caso, la Prima Sezione penale della Corte di cassazione: v. Cass., sez. I, 21 settembre 2018, n. 51877, in *Dir. e giustizia*, 19 novembre 2018, fasc. n. 203, p. 12, con nota di D. LA MUSCATELLA.

³⁷ La Corte ha aggiunto, inoltre, che l'ordinanza di remissione non forniva alcuna informazione specifica sulle concrete modalità esecutive del fatto giudicato nel processo *a quo*, né sulle ragioni della concessione al condannato dell'attenuante della lieve entità. Tale

nell'elenco di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. – si legge, ancora, in motivazione – figura *ab origine* anche il reato previsto dall'art. 289-*bis* c.p., richiamato, quale *tertium comparationis*, nella sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2012, che ha esteso al sequestro a scopo di estorsione l'attenuante del fatto di lieve entità contemplata dall'art. 311 c.p. In altri termini, se l'espressa e contestuale previsione di tale attenuante in relazione al sequestro a scopo di terrorismo o eversione non ha impedito l'inserimento del reato nell'art. 4-*bis* ord. penit., non si comprende perché – osserva la Corte – il suddetto inserimento debba ritenersi irragionevole, invece, con riferimento all'omologa fattispecie di cui all'art. 630 c.p. In definitiva, il riconoscimento della lieve entità del fatto consente di adeguare la pena al caso concreto, ma non può incidere sulla valutazione discrezionale del legislatore in ordine alla gravità del titolo di reato, all'allarme sociale suscitato dalla sua commissione e all'oggettiva pericolosità di chi si è reso responsabile di quella tipologia di illecito³⁸. Del resto, le uniche attenuanti richiamate dall'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. sono quelle previste dagli artt. 62, n. 6), 114 e 116 comma 2 c.p., che rilevano, tuttavia, non per escludere il carattere ostativo di alcune delle fattispecie ivi elencate, ma al solo fine di consentire l'accesso del condannato ai benefici penitenziari – qualunque sia il reato commesso tra quelli indicati

carezza argomentativa non è stata ritenuta, tuttavia, motivo di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, che si fondava sulla denuncia della irragionevole inclusione tra i reati ostativi della fattispecie astratta del sequestro di persona a scopo di estorsione attenuata *ex art.* 311 c.p.

³⁸ A sostegno del proprio assunto, la Corte costituzionale – oltre a richiamare sue precedenti decisioni (v. Corte cost. 19 febbraio 2019, n. 88, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 1019 ss.; *Id.*, 7 giugno 2017, n. 179, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 1666 ss.) – ha evocato gli arresti della giurisprudenza di legittimità in cui si è affermato che l'esclusione dai benefici penitenziari prevista dall'art. 4-*bis* ord. penit. opera in relazione all'astratto titolo del reato giudicato, a nulla rilevando che, concretamente, la sentenza di condanna riconosca un'ipotesi attenuata, incidente solo sul trattamento sanzionatorio (in tal senso, Cass., sez. VII, 17 febbraio 2017, n. 39918, in *C.E.D. Cass.*, n. 270977; *Id.*, sez. I, 27 maggio 2010, n. 27557, *ivi*, n. 247723).

al comma 1 – allorquando la collaborazione prestata si dimostri «oggettivamente irrilevante» (art. 4-*bis* comma 1-*bis* ord. penit.³⁹).

4. L'esigenza di razionalizzare il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi

Gli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale a sostegno della tesi della insindacabilità delle scelte del legislatore sulla individuazione dei reati ostativi non sembrano esenti da rilievi critici.

Non convince, in particolare, il passaggio motivazionale in cui la Corte, pur riconoscendo che l'art. 4-*bis* ord. penit. sia divenuto, nel tempo, un contenitore obiettivamente disomogeneo, sostiene che si tratti, comunque, di una disposizione speciale, ispirata da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario, in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti⁴⁰. In sostanza, secondo la Corte, il legislatore è libero di considerare particolarmente allarmanti – alla luce delle emergenze del momento storico – determinate tipologie di reati ed estendere ad esse il regime differenziato di esecuzione della pena, in forza di un potere discrezionale non censurabile sul piano costituzionale.

Se cambia, tuttavia, l'impostazione, non si può che pervenire a conclusioni affatto diverse.

³⁹ La valutazione di ininfluenza dell'attenuante del fatto di lieve entità – espressa in sentenza dalla Corte – non sembra esente da rilievi critici: come insegna la dottrina penalistica, le circostanze alterano le coordinate della risposta sanzionatoria e, di riflesso, modificano la gravità del reato rispetto all'immagine che di essa offre l'incriminazione del reato-base. Sul tema, tra gli altri, v. F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2015, pp. 1743 ss.

⁴⁰ Osserva, efficacemente, C. FIORIO, *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4-*bis* ord. penit. tra populismi, realpolitik e rispetto dei valori costituzionali*, cit., pp. 2156 ss., che la Consulta, ribaltando il suo precedente orientamento, ha operato una rilettura "funzionale" dell'art. 4-*bis* ord. penit., «disancorandolo dalla sua originaria funzione di strumento principe di contrasto al crimine organizzato».

È un dato di fatto indiscutibile – rimarcato, non a caso, anche dalla Corte costituzionale – che la previsione di cui all’art. 4-*bis* ord. penit. non sia più connotata, oggi, da quella stretta – sia pure non esclusiva – connessione con i reati di criminalità organizzata che caratterizzava la sua formulazione originaria⁴¹. All’epoca della sua introduzione nell’ordinamento giuridico, la disposizione delineava la figura del “condannato pericoloso” come soggetto stabilmente inserito in sodalizi criminosi – di stampo mafioso, dediti al contrabbando di tabacchi o al traffico di sostanze stupefacenti – oppure come soggetto responsabile di reati solitamente commessi in forma organizzata, tra i quali il sequestro di persona a scopo di estorsione, o comunque espressivi di una contiguità con ambienti mafiosi, perché aggravati dal metodo tipico di quelle associazioni⁴² o dal fine di agevolarne il programma criminoso⁴³. È

⁴¹ Si allude alla disposizione introdotta dall’art. 1 comma 1 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni nella l. 12 luglio 1991, n. 203, che limitava l’applicazione del regime ostativo ai detenuti e internati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-*bis* c.p. o al fine di agevolare l’attività delle associazioni di stampo mafioso, nonché per i delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 630 c.p., 291-*quater* d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (testo unico in materia doganale) e 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (testo unico in materia di stupefacenti).

⁴² Occorre, tuttavia, ricordare che tale aggravante – secondo l’orientamento oramai consolidato della giurisprudenza di legittimità – non presuppone necessariamente la sussistenza di un’associazione a delinquere *ex art.* 416-*bis* c.p., né che il soggetto agente ne faccia parte, essendo sufficiente il ricorso a modalità della condotta – peraltro con riferimento a qualunque reato, anche estraneo a contesti di criminalità organizzata – che evocano la forza intimidatrice tipica dell’agire mafioso, capace, cioè, di piegare la vittima al volere dell’aggressore, senza alcuna velleità di difesa, per il timore di più gravi conseguenze (in tal senso, *ex multis*, Cass., sez. V, 24 ottobre 2018, n. 15041, in *Guida dir.*, 2019, fasc. n. 19, p. 82).

⁴³ Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, il divieto di concessione dei benefici penitenziari opera anche quando le richiamate aggravanti – originariamente previste dall’art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203, ed oggi confluite, per effetto della legge attuativa della c.d. “riserva di codice” nell’art. 416-*bis*.1 c.p. – non siano state formalmente contestate all’imputato nel processo di cognizione, ma il tribunale di sorveglianza ne abbia, comunque, verificato la sussistenza attraverso l’esame della sentenza di condanna, dovendosi tener conto della qualificazione sostanziale dei delitti giudicati. L’assunto è espressione di quell’indirizzo interpretativo che riconosce agli organi giudiziari

evidente che l'impronta iniziale data alla norma non avrebbe potuto impedire al legislatore di diversificare, in seguito, le proprie scelte di politica criminale, ampliando il catalogo dei delitti ostativi – così come ha fatto, progressivamente, nel corso dell'ultimo ventennio – anche con l'inserimento nell'art. 4-*bis* ord. penit. di fattispecie non necessariamente riconducibili al crimine organizzato. Altrettanto evidente è, però, che l'espansione dell'area dell'ostatività penitenziaria dovesse avvenire pur sempre nel rispetto del canone di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost., a condizione, cioè, di preservare l'intrinseca coerenza del testo normativo e la sua rispondenza alla realtà fattuale⁴⁴.

Occorre ricordare, infatti, che l'inclusione di un nuovo reato nel catalogo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. equivale alla introduzione di una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità qualificata del suo autore, costituzionalmente ammissibile solo se sostenuta da una congrua giustificazione sul piano logico ed empirico. Lo stesso assunto vale per la disposizione di cui all'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p.: il divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione è collegato, inevitabilmente, ad una presunzione assoluta di pericolosità dell'autore dei reati ivi elencati⁴⁵.

della fase esecutiva – vale a dire magistratura di sorveglianza e giudice dell'esecuzione – il potere-dovere di esaminare la sentenza irrevocabile di condanna, ricavandone tutti gli elementi, anche non chiaramente espressi, che siano necessari per l'esercizio delle attribuzioni funzionali loro conferite (cfr., da ultimo, Cass., sez. I, 10 luglio 2018, n. 473, in *C.E.D. Cass.*, n. 276156).

⁴⁴ Per l'approfondimento del tema, tra gli altri, V.M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2013, pp. 12 ss.; A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in Cass. pen., 2020, pp. 19 ss.; V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale*, in www.cortecostituzionale.it, 2014, pp. 78 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di G. GIOSTRA, G. INSOLERA, Milano, 1998, pp. 72 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pp. 50 ss.

⁴⁵ È una presunzione che non lascia margini di concreto apprezzamento al giudice in ordine alla verifica del grado di pericolo all'incolumità pubblica rappresentato da chi deve subire la

In definitiva, il modello differenziato di esecuzione della pena delineato dagli artt. 4-*bis* ord. penit. e 656 comma 9, lett. a), c.p.p. si regge su presunzioni di pericolosità del reo, ancorate, innanzitutto, al titolo del reato per il quale è stata pronunciata la sentenza di condanna da espiare.

Va segnalata, peraltro, la non perfetta coincidenza tra l'area di operatività del divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione e quella delle limitazioni ai benefici penitenziari, posto che l'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., oltre a richiamare l'art. 4-*bis* ord. penit., elenca una serie di specifici delitti, non inclusi, ovviamente, tra quelli ostativi⁴⁶. I condannati per tali delitti non usufruiscono, quindi, della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena non superiore a quattro anni di reclusione⁴⁷, ma possono accedere alle misure alternative alla detenzione – pur dovendone fare richiesta dal carcere – secondo il regime ordinario, senza patire, cioè, le preclusioni imposte dall'art. 4-*bis* ord. penit. Pur se in forma attenuata, si tratta, comunque, di un regime deteriore riservato ad alcuni condannati, sempre in

punizione, poiché l'operatività del divieto dipende esclusivamente dal *nomen iuris* del reato per il quale è intervenuta la condanna.

⁴⁶ Si tratta dei delitti di cui agli articoli 423-*bis*, 572 comma 2, 612-*bis* comma 3 e 624-*bis* c.p., nonché i delitti aggravati ex art. 61 comma 1, n. 1-*bis* c.p., per essere stati commessi da persona illegalmente presente sul territorio dello Stato. Successivamente, la Corte costituzionale ha censurato il carattere discriminatorio della richiamata aggravante (v. Corte cost., 8 luglio del 2010, n. 249, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 3985 ss., con nota di D. VICOLI, *Con la circostanza aggravante della clandestinità, cade anche il divieto di sospendere l'ordine di esecuzione*) e il legislatore ha provveduto ad espungerla dall'ordinamento (d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 94). La Corte costituzionale è, poi, nuovamente intervenuta sulla previsione di cui all'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., censurando il rinvio da essa operato all'art. 624-*bis* c.p., ma limitatamente alla fattispecie del furto con strappo (comma 2), non anche a quella del furto in abitazione (comma 1). V. Corte cost., 1 giugno 2016, n. 125, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 1009 ss., con nota di L. CARACENI, *Ancora una bocciatura per l'art. 656 comma 9 c.p.p.: ripristinata, seppur in parte, la ragionevolezza del meccanismo di sospensione delle pene detentive brevi*.

⁴⁷ Il divieto della sospensione, tuttavia, non opera se, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, il condannato tossicodipendente si trovi agli arresti domiciliari disposti per esigenze terapeutiche, ai sensi dell'art. 89 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, e l'interruzione del programma in corso possa pregiudicarne il recupero.

ragione della presunzione di pericolosità connessa al titolo del reato oggetto di condanna. In altri termini, le fattispecie richiamate nell'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., pur non meritando di essere classificate come ostantive alla concessione dei benefici penitenziari, producono ugualmente effetti pregiudizievoli per il condannato, condizionando, in negativo, le modalità di accesso alle misure alternative.

Scorrendo il catalogo delle eccezioni alla disciplina della sospensione delle pene detentive brevi, si avverte subito la difficoltà di individuare la logica che ha orientato le scelte del legislatore. Sembra, infatti, che la selezione dei reati ostantivi alla sospensione sia avvenuta in maniera del tutto estemporanea, sulla base del ciclico riacutizzarsi di alcuni fenomeni criminali, soprattutto per effetto del clamore mediatico che li accompagna, da cui il legislatore ha tratto lo spunto per intervenire sui benefici applicabili in fase esecutiva, nella convinzione – francamente illusoria – che l'incremento degli ingressi in carcere possa rafforzare il senso di sicurezza, alimentando la fiducia nel sistema della repressione penale. In realtà, se si prescinde dalle contingenti esigenze di politica criminale, inidonee – evidentemente – a garantire la conformità all'art. 3 Cost., si fatica a rinvenire una *ratio* comune, in grado di giustificare l'equazione tra “titolo di reato” e “pericolosità del condannato” rispetto a fattispecie che, per la varietà di forme e di contesti in cui possono manifestarsi, non sempre sono sintomatiche di una spiccata tendenza criminogena del soggetto agente⁴⁸. La considerazione è riferita, in particolare,

⁴⁸ D'altra parte, come già detto (*supra*, nota n. 46), la Corte costituzionale ha rilevato l'irragionevolezza dell'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., dichiarandone l'illegittimità nella parte in cui prevedeva – per effetto della modifica introdotta dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella l. del 24 luglio 2008, n. 125 – il divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione con riferimento al delitto di furto con strappo (art. 624-*bis* comma 2 c.p.), anch'esso non compreso nella lista dei reati elencati nell'art. 4-*bis* ord. penit. La novella che ha esteso il divieto di sospensione al furto con strappo era ispirata da finalità dichiaratamente repressive, prefiggendosi di potenziare il tasso di certezza della pena attraverso la limitazione dell'accesso diretto alle misure alternative alla detenzione, sulla base dell'assunto che l'ingresso in carcere del condannato, possa meglio soddisfare l'aspettativa di una severa risposta sanzionatoria nutrita dall'opinione pubblica (sul punto, cfr. A.E. RICCI, *Ancora una modifica dell'art. 656 c.p.p. nell'ottica del pendolarismo*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla*

sicurezza pubblica, a cura di S. LORUSSO, Padova, 2008, p. 168). La declaratoria di incostituzionalità è fondata sul rilievo che il divieto di sospensione dell'esecuzione era previsto per il furto con strappo e non anche per la rapina semplice, con la irragionevole conseguenza che poteva accedere al beneficio l'autore di una condotta violenta nei confronti della persona, mentre non ne usufruiva chi si era limitato ad un'azione – indubbiamente meno grave – volta all'impossessamento del bene con violenza sulla cosa (v. Corte cost., 1 giugno 2016, n. 125, cit., pp. 1009 ss.). Di recente, la Corte costituzionale è ritornata sul tema, per pronunciarsi sulla questione relativa alla persistente operatività – dopo la sentenza n. 125 del 2016 – del divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione, previsto dal primo comma dell'art. 624-bis c.p. Secondo la Corte, non può essere tacciata di manifesta irragionevolezza la scelta di differenziare il trattamento riservato ai condannati per furto in abitazione rispetto a chi si sia reso responsabile del furto con strappo o di altre ipotesi aggravate o pluriaggravate dello stesso delitto. Il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione trova, infatti, la sua *ratio* nella discrezionale – e non arbitraria – presunzione di pericolosità di chi commette il furto entrando nell'abitazione altrui o in altro luogo di privata dimora. Né può ravvisarsi – sempre secondo la Corte – una violazione dell'art. 27 comma 3 Cost., in quanto il divieto di sospensione della pena non esclude la valutazione individualizzata della personalità del condannato, che resta demandata al tribunale di sorveglianza in sede di esame dell'istanza di concessione dei benefici avanzata dal reo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna (Corte cost., 20 giugno 2019, n. 216, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 162 ss., con nota di E. APRILE, *Osservazioni a C. cost.*, 20 giugno 2019, n. 216). In sostanza, la Corte costituzionale – come già accaduto in occasione della sentenza n. 125 del 2016 – fonda il giudizio di ragionevolezza della norma impugnata sul mero raffronto, in astratto, tra fattispecie affini, stabilendo un ordine di gravità crescente tra furto con strappo, rapina semplice e furto in appartamento: da qui, la conclusione dell'illegittimità costituzionale del divieto di sospensione dell'esecuzione per il furto con strappo, non essendo previsto lo stesso regime per la rapina semplice (sentenza n. 125 del 2016), mentre il diniego del beneficio deve ritenersi ragionevole con riferimento al furto in abitazione, che è delitto da considerare sempre più grave di qualunque altra ipotesi di furto, anche pluriaggravata (sentenza n. 216 del 2019), ma non così allarmante – paradossalmente – da meritare l'inclusione nella lista dei reati ostativi previsti dall'art. 4-bis ord. penit. Non sembra, tuttavia, ineccepibile il ragionamento articolato in sentenza dalla Corte costituzionale, ove si consideri che la presunzione *iuris et de iure* di maggiore gravità del furto in abitazione cozza contro la possibilità di formulare agevolmente ipotesi concrete che smentiscono la generalizzazione posta a base della presunzione stessa, dovendosi ritenere sicuramente più allarmante un furto commesso con destrezza, che abbia cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale di ingente entità, rispetto al furto di beni di scarso valore, compiuto in un immobile destinato ad uso residenziale, ma disabitato (sulla punibilità

al furto in abitazione, ai maltrattamenti e agli atti persecutori⁴⁹, ma ancora più illogica e incomprensibile appare l'inclusione, nella lista dei delitti ostativi alla sospensione, della fattispecie di cui all'art. 423-*bis* c.p., che punisce l'incendio boschivo, anche in forma colposa⁵⁰.

Al di là delle incongruenze interne alla disposizione, suscita forti perplessità anche la scelta di fondo del legislatore di spezzare il nesso tra gli artt. 656 c.p.p. e 4-*bis* ord. penit., stabilendo il divieto di sospendere l'esecuzione delle pene detentive brevi per reati che non sono considerati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari. Anche sotto questo profilo, va posta in dubbio la legittimità costituzionale della norma, che non sembra supportata da una ragionevole giustificazione. Il divieto di sospensione della pena detentiva risponde all'esigenza di collocare in carcere condannati pericolosi – e, quindi, ritenuti poco affidabili – per i quali l'eventuale concessione di misure alternative è subordinata ad una più rigorosa verifica sia del percorso rieducativo intrapreso nella fase esecutiva – eventualmente anche attraverso un periodo di osservazione scientifica della personalità del detenuto (art. 4-*bis* comma 1-*quater* ord. penit.) – sia dell'avvenuta rescissione dei collegamenti con ambienti criminosi. Viceversa, se il condannato accede in via ordinaria alle misure alternative – perché il reato commesso non rientra tra quelli elencati nell'art. 4-*bis* ord. penit. – il suo immediato ingresso in carcere, senza beneficiare della sospensione, non può

di tale fattispecie ai sensi dell'art. 624-*bis* c.p., Cass., sez. IV, 18 dicembre 2018, n. 1782, M.E., in *Cass. pen.*, 2019, p. 3671).

⁴⁹ Per i maltrattamenti e gli atti persecutori, come espressamente stabilito dall'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., il divieto di sospensione dell'esecuzione opera solo se tali reati risultano commessi in danno di minori, donne in stato di gravidanza o persone inferme, vale a dire nelle forme aggravate previste dal comma 2 dell'art. 572 c.p. e dal comma 3 dell'art. 612-*bis* c.p.

⁵⁰ L'art. 423-*bis* c.p. viene richiamato senza alcuna precisazione dall'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., sicché deve ritenersi ostativo alla sospensione della pena detentiva anche l'incendio di boschi, selve, foreste o vivai cagionato per colpa, fattispecie prevista dal comma 2 del suddetto art. 423-*bis* c.p. e punita con la reclusione da uno a cinque anni.

che essere motivato da ragioni meramente punitive⁵¹, che è difficile conciliare, però, con il carattere “non ostativo” del delitto per il quale è stata pronunciata la sentenza di condanna da espiare. L’incongruenza è evidente e sembra porre la disposizione al di fuori del perimetro di legittimità costituzionale segnato dai principi della ragionevolezza e del finalismo rieducativo della pena (artt. 3 e 27 comma 3 Cost.), poiché l’esclusione dal beneficio della sospensione dell’ordine di carcerazione – scollegata dal regime penitenziario differenziato di cui all’art. 4-*bis* ord. penit. – mina, per un verso, la coerenza del sistema esecutivo delle pene detentive e preclude, per altro verso, l’operatività di un meccanismo di favore introdotto dal legislatore per agevolare il percorso di recupero e di risocializzazione del reo⁵², consentendogli di evitare l’ingresso in carcere – spesso inutile o addirittura criminogeno – fino alla pronuncia del tribunale di sorveglianza sull’istanza di concessione di misure alternative⁵³.

⁵¹ Sulle finalità di politica criminale sottese alla legislazione penale dell’emergenza, v., in particolare, C.E. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 158 ss.

⁵² Sul punto, cfr. F. DELLA CASA, *Commento all’art. 656 c.p.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 1083 ss.

⁵³ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 90 del 2017, ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p. – ritenuto in contrasto con gli artt. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost. – nella parte in cui non consentiva la sospensione dell’ordine di carcerazione nei confronti dei minorenni condannati per uno dei reati ivi elencati. In motivazione, la Corte ha valorizzato proprio la funzione del beneficio della sospensione *ex art. 656 c.p.p.*, che è istituito volto ad impedire l’immediato ingresso in carcere del condannato, per concedergli la possibilità di avanzare, da libero, la richiesta di una misura alternativa alla detenzione. Tale funzione assume particolare rilievo nell’ambito del procedimento minorile, che richiede in ogni sua fase, compresa quella esecutiva, valutazioni fondate su prognosi individualizzate, imposte dalla personalità in evoluzione del minore e dalla preminenza della funzione rieducativa. Il rigido automatismo preclusivo previsto dall’art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p. impediva una verifica – casistica e concreta – dell’effettiva pericolosità del reo, che va garantita, per i minori, anche quando la condanna ha ad oggetto uno dei delitti inclusi nell’art. 4-*bis* ord. penit. In definitiva, con la sentenza n. 90 del 2017, la Corte costituzionale ha imposto l’applicazione generalizzata del beneficio della sospensione delle pene detentive brevi, anche per i reati ostativi, in ragione della particolare tutela accordata ai condannati

5. Conclusioni

Occorre, ora, tirare le fila del discorso. Su un dato – almeno in linea teorica – tutti concordano: le presunzioni *iuris et de iure* – specie quando sono utilizzate dal legislatore per comprimere diritti fondamentali – vanno considerate arbitrarie, e quindi in contrasto con l’art. 3 Cost., tutte le volte in cui si fondano su generalizzazioni astratte, riconducibili all’*id quod plerumque accidit*, che vengono, però, smentite, in maniera significativa, da accadimenti reali di segno contrario. È comunemente condivisa anche l’idea che le presunzioni assolute collidono con il principio del finalismo rieducativo della pena – sancito dall’art. 27 comma 3 Cost.⁵⁴ – allorquando determinano l’esclusione automatica di taluni condannati dalla fruizione di meccanismi esecutivi di favore, in ragione del tipo di reato commesso e del perseguimento di obiettivi di difesa sociale, non consentendo, così, un intervento punitivo individualizzato, flessibile e proporzionato, che deve essere calibrato in base al grado di effettiva pericolosità del reo⁵⁵.

Se tali asserzioni – al di là della loro larga condivisione sul piano concettuale – orientassero rigorosamente il vaglio di legittimità costituzionale delle scelte legislative, difficilmente ne uscirebbe indenne l’attuale assetto degli artt. 656 comma 9, lett. a), c.p.p. e 4-bis ord. penit., che si caratterizza

minorenni (v. Corte cost., 28 aprile 2017, n. 90, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 907 ss., con nota di M.G. COPPETTA, *Cade per mano della Corte costituzionale un altro automatismo esecutivo nei confronti di condannati minorenni*).

⁵⁴ Tra gli studi più recenti e qualificati sul tema, v. E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2019, pp. 3 ss.

⁵⁵ La logica presuntiva delle preclusioni normative stride con i principi costituzionali anche quando la regola di trattamento, la cui applicazione risulta preclusa, risponde ad esigenze riferibili non solo al condannato da risocializzare, ma anche – e *prioritariamente* – a persone diverse, a maggior ragione se particolarmente meritevoli di attenzione, come, ad esempio, i minori: un interesse ulteriore, quindi, rispetto a quello della rieducazione del condannato, ma comunque di alto rango costituzionale. In tal senso, cfr. P. BRONZO, *Nessun automatismo nella detenzione domiciliare per la cura dei figli minori*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 1729; A. PULVIRENTI, *La detenzione domiciliare speciale non tollera, nel preminente interesse educativo del figlio minore, le preclusioni automatiche derivanti dalla revoca di una precedente misura alternativa*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2019, pp. 2514 ss.

– come riconosciuto anche dalla Consulta⁵⁶ – per la progressiva stratificazione di un miscuglio di reati eterogenei, accomunati solo da una valutazione di particolare allarme sociale della condotta criminosa e, di riflesso, di presunta pericolosità dei loro autori.

Eppure, la stessa Corte costituzionale, con le sentenze n. 188 e 216 del 2019⁵⁷, ha chiaramente manifestato la propria riluttanza ad intervenire su quel terreno, sostenendo che la composizione del catalogo delle fattispecie ostative alla concessione di benefici penitenziari è ambito riservato, in via esclusiva, alla discrezionalità del legislatore, sulla quale non vi è spazio per un sindacato di legittimità a norma degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost.⁵⁸ Secondo la Corte, la

⁵⁶ In particolare, nelle sentenze n. 239 del 2014, n. 32 del 2016, n. 188 e n. 253 del 2019. Sul punto, cfr. F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale “salva” lo sbarramento dell’art. 4-bis ord. penit. (e la discrezionalità del legislatore)*, cit., p. 1736.

⁵⁷ Tali sentenze – con le quali sono state dichiarate non fondate le questioni relative all’inserimento, nell’art. 4-bis ord. penit., del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione attenuato dalla circostanza della lieve entità e, nell’art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., della fattispecie del furto in abitazione (v. *supra*, note n. 24, 35, 46 e 48) – sono arrivate, peraltro, dopo un periodo in cui la Corte costituzionale aveva meritoriamente intrapreso un processo di progressiva eliminazione di altri automatismi preclusivi che connotano la legge di ordinamento penitenziario: si allude alla sentenza n. 76 del 2017 (che ha soppresso, per il genitore di prole di età inferiore a dieci anni, condannato per un reato di cui all’art. 4-bis ord. penit., l’obbligatorietà dell’espiazione in carcere della quota di pena necessaria ai fini dell’ammissione alla detenzione domiciliare speciale), alla sentenza n. 149 del 2018 (che ha censurato la previsione secondo cui il condannato all’ergastolo per il delitto di sequestro di persona, con morte della vittima, non è ammesso ai benefici penitenziari, se non abbia effettivamente espiaato almeno ventisei anni di pena), alla sentenza n. 174 del 2018 (che ha eliminato le preclusioni relative al beneficio dell’assistenza all’esterno della struttura carceraria dei figli minori) e alla sentenza n. 187 del 2019 (che ha dichiarato illegittima la preclusione triennale ad accedere alla detenzione domiciliare ordinaria, ex art. 47-ter comma 1, lett. a e b, ord. penit., e speciale, ex art. 47-quinquies ord. penit., per coloro nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell’art. 58-quater comma 2 ord. penit.).

⁵⁸ Le resistenze della Corte si spiegano, probabilmente, anche perché l’accoglimento delle questioni sollevate avrebbe comportato, giocoforza, l’eliminazione *in toto* del regime differenziato stabilito dal legislatore, non potendosi “declassare” la presunzione da assoluta a relativa, come accaduto, invece, per l’art. 275 comma 3 c.p.p. (v. *supra*, § 1) o per l’art. 76

mutata fisionomia del quadro normativo – che riconnette, oramai, il più severo procedimento di esecuzione della pena non ai collegamenti del reo con il crimine organizzato, bensì all’allarme sociale suscitato dal mero titolo di reato – non consente di apprezzare e verificare, in concreto, l’effettiva validità della generalizzazione sottesa alla *praesumptio iuris et de iure*⁵⁹.

Ciò significa, tuttavia, rinunciare, di fatto, al controllo di legittimità costituzionale sulle scelte di politica criminale compiute dal legislatore, che è libero di considerare socialmente allarmanti determinate condotte – come l’incendio boschivo, il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, il peculato o il furto in abitazione – e collegare ad esse, in via assoluta, la pericolosità del reo, senza possibilità di sottoporre tale presunzione al vaglio di ragionevolezza, in relazione all’*id quod plerumque accidit*, e di

comma 4-bis d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (v. Corte Cost., 14 aprile 2010, n. 139, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 1643 ss., con la quale è stata dichiarata illegittima la richiamata disposizione, nella parte in cui stabiliva che, per i soggetti condannati in via definitiva per uno dei delitti ivi indicati, il reddito si dovesse presumere superiore ai limiti previsti per l’ammissione al patrocino a spese dello Stato, senza possibilità di fornire la prova contraria). Non a caso, quando è potuta intervenire sulla natura della presunzione, trasformandola da assoluta in relativa, come nel caso dell’art. 275 comma 3 c.p.p., la Corte costituzionale si è spinta ad affermare che la previsione di adeguatezza della sola custodia carceraria trova una ragionevole giustificazione solo in presenza di delitti di criminalità organizzata, che rivelano l’adesione permanente ad un sodalizio fortemente radicato sul territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice. In quelle pronunce, la Corte ha più volte rimarcato la necessità di distinguere il fatto commesso “professionalmente” e con modalità efferate da organizzazioni criminali – rigidamente strutturate e supportate da ingenti dotazioni di uomini e mezzi – da quello realizzato occasionalmente da singoli o da gruppi di individui, per confutare, in tale ultima ipotesi, la plausibilità costituzionale della presunzione *iuris et de iure*.

⁵⁹ Seguendo tale indirizzo, sarebbero state certamente destinate al rigetto anche le questioni relative all’avvenuto inserimento, nell’art. 4-bis ord. penit., dei delitti di peculato (art. 314 c.p.) e di induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.), ma la Corte costituzionale – preso atto di quanto statuito con la sentenza n. 32 del 2020, che ha sancito il divieto di applicazione retroattiva delle modifiche all’ordinamento penitenziario introdotte con la legge n. 3 del 2019 – ha preferito restituire gli atti ai rimettenti per verificare la persistente rilevanza dei dubbi di incostituzionalità sollevati (v. ordinanza n. 49 del 2020, richiamata *supra*, note n. 29 e n. 34).

adeguatezza, rispetto all'esigenza di favorire l'attuazione della finalità rieducativa della pena.

Tale prospettiva non può essere condivisa.

L'accertamento della pericolosità sociale richiede, di regola, valutazioni complesse, che investono non solo l'oggettiva gravità del fatto commesso, ma si estendono alla personalità dell'autore del reato, alla sua condotta di vita, nonché alle sue condizioni familiari e sociali⁶⁰. Dall'accertamento compiuto in concreto, caso per caso, quando si impone di applicare, ad esempio, una misura di prevenzione o di sicurezza⁶¹, occorre, tuttavia, distinguere la presunzione astratta di pericolosità, che il legislatore eleva a regola *iuris* – trasformandola, così, in presunzione legale (assoluta o relativa⁶²) – per esentare dall'onere della prova la parte che ne è gravata e per liberare il giudice dall'adempimento, in tutto o in parte, dell'obbligo di motivazione. È evidente che la presunzione legale di pericolosità non può essere stabilita in maniera arbitraria, ma va comunque ancorata ai dati che orientano il suo accertamento in concreto, tra i quali sicuramente rientra – oltre alla recidiva e al *modus vivendi* del reo – anche la gravità del reato commesso⁶³. Quando, però, la presunzione – specie se assoluta – si fonda esclusivamente sul titolo del reato, può essere ritenuta ragionevole solo se risulti supportata da una solida base giustificativa, che di certo non è ravvisabile nell'allarme sociale

⁶⁰ Per i profili generali del tema, v. A. MICONI TONELLI, voce *Pericolosità sociale*, in *Enc. Giur.*, vol. XXII, Roma, 1989, pp. 1 ss.; F. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, pp. 1 ss.

⁶¹ Sui criteri che connotano tale accertamento, v. A. QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2018, fasc. n. 1, pp. 55 ss., il quale mette a raffronto la “pericolosità per la pubblica sicurezza”, fronteggiata con l'applicazione delle misure di prevenzione, e la “pericolosità sociale”, postulata, invece, dalla disciplina delle misure di sicurezza, per poi concludere – in linea con la dottrina e la giurisprudenza prevalenti – che vi è una sostanziale identità concettuale tra le due nozioni.

⁶² Cfr. *supra*, nota n. 5.

⁶³ Ciò si evince – oltre che dalla copiosa giurisprudenza in materia di misure di sicurezza e di prevenzione – dai numerosi contributi dottrinali sul tema, efficacemente sintetizzati da F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi”: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 11 dicembre 2014.

suscitato, in determinati frangenti storici, da alcune condotte criminose. Si tratta, infatti, di un parametro che sfugge a generalizzazioni di carattere obiettivo ed è privo della necessaria affidabilità sul piano logico.

Se si vuole collegare, dunque, la presunzione di pericolosità esclusivamente al titolo di reato, allora bisogna essere rigorosi, come è accaduto in occasione delle plurime sentenze di incostituzionalità che hanno investito l'art. 275 comma 3 c.p.p., nelle quali si è affermato – sia pure ad altri fini – che la suddetta presunzione ha un valido fondamento giustificativo solo in presenza di un reato che implichi un vincolo di appartenenza stabile ad un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità, per il suo radicamento sul territorio, l'intensità dei collegamenti personali e la forza intimidatrice che è capace di esprimere⁶⁴.

Né varrebbe richiamare, in senso contrario, quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 188 del 2019, dove si è affermato che, in ipotesi, anche il condannato per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, al quale sia stata riconosciuta l'attenuante della lieve entità del fatto, può essere collegato ad ambienti della criminalità organizzata.

In realtà, per avere prova della ragionevolezza della presunzione, occorre impostare diversamente il discorso e poter dimostrare, sulla base dei dati dell'esperienza, che la partecipazione ad un sequestro di persona a scopo di estorsione – anche quando si risolve in un contributo del tutto estemporaneo e marginale alla commissione del reato – sia sempre sintomatica di un legame con la criminalità organizzata⁶⁵.

⁶⁴ Neppure la mera natura associativa del reato, laddove il vincolo sia privo delle connotazioni tipiche della criminalità mafiosa o terroristica, il regime sanzionatorio particolarmente severo e il carattere odioso e riprovevole della condotta illecita costituiscono dati decisivi per legittimare la presunzione assoluta di spiccata pericolosità del soggetto agente. In tal senso, Corte cost., 19 luglio 2011, n. 231, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 4251 ss.

⁶⁵ D'altra parte, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 213 del 2013, con la quale ha censurato la previsione dell'obbligo della custodia cautelare in carcere proprio per il sequestro di persona a scopo di estorsione, si esprimeva in questi termini: «dal paradigma legale tipico esula il necessario collegamento dell'agente con una struttura associativa permanente. Alla luce della descrizione del fatto incriminato, non è neppure escluso che questo possa costituire frutto di iniziativa meramente individuale. Ma quando pure – come

Tale assunto appare, però, realmente sostenibile con riferimento ai reati associativi di matrice mafiosa o terroristica, per i quali conserva ancora validità – non a caso – la presunzione *iuris et de iure* di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p.

Solo ponendosi nella stessa ottica, si può considerare ragionevole – e, quindi, costituzionalmente accettabile – la presunzione assoluta di pericolosità del reo basata sul mero *nomen iuris* del reato commesso. Occorre, pertanto, fare chiarezza, innanzitutto censurando l'uso distorto di preclusioni e automatismi normativi⁶⁶, ma fino a quando la Corte costituzionale continuerà a difendere anche scelte avventate del legislatore, l'auspicio di un sistema dell'esecuzione penale coerente e garantista resterà sempre una chimera.

avviene nella generalità dei casi – il sequestro risulti ascrivibile ad una pluralità di persone, esso può comunque mantenere un carattere puramente episodico od occasionale, basarsi su una organizzazione solo rudimentale di mezzi e recare una limitata offesa agli interessi protetti (libertà personale e patrimonio)». Da qui, l'illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per prevenire i *pericula libertatis* configurabili nei confronti della persona gravemente indiziata del delitto di cui all'art. 630 c.p. (v. Corte cost., 3 luglio 2013, n. 213, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2970 ss.).
⁶⁶ Con la locuzione “automatismi normativi” si intende fare riferimento a quelle previsioni legislative che collegano ad una determinata fattispecie una conseguenza giuridica obbligata: in tal senso, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 210.

Un intervento legislativo urgente nell'esigenza del contrasto ampio alle mafie

Federico Cafiero De Raho

Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo

Innanzitutto, voglio ringraziare gli organizzatori: ringrazio il presidente dell'Associazione Magistrati distrettuale, anzi qui sottosezione, i professori che hanno parlato prima di me, che hanno veramente dato un quadro straordinario della materia. Ascolterò poi con grandissima attenzione il professor Zanon. Credo che sia un'occasione di importante confronto, soprattutto perché, parlando di questi temi, ne abbiamo maggiore chiarezza.

Partiamo col dire che il ruolo del magistrato non è mai quello del *cattivo*, sia se si tratti di un pubblico ministero che di un giudice. Anzi, il pubblico ministero è partecipe della giurisdizione e, quindi, sotto qualunque profilo, tende ad essere *giusto*.

Non dimentichiamo, però, che l'articolo 4-*bis* è stato introdotto dal Decreto legge del 13 maggio del 1991, n. 152, convertito poi nella legge n. 231 nel 1991, sotto la spinta di Giovanni Falcone, il quale ritenne che questa disposizione doveva servire per contrastare le mafie, per tenerle al regime detentivo per tutto il tempo della detenzione, senza alcun beneficio.

Nella vecchia formulazione, l'art. 4-*bis* testualmente recitava: «Ai condannati per i delitti di quegli articoli 416-*bis* e 630, per i delitti di terrorismo, eversione dell'ordinamento costituzionale, per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste all'articolo 416-*bis* del Codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo per i delitti di cui l'articolo 74 DPR 309/90, possono essere concessi l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, previsti dal capo sesto, solo se sono stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva».

Questa era l'originaria formulazione.

Il 23 maggio 1992 avvenne la strage di Capaci, con una conseguente spinta fortissima ad assumere disposizioni che fossero ancora più rigide nei confronti della *mafia*, per dare un segnale chiaro: lo Stato era pronto a reagire.

Nell'ambito di questa strategia, nacque il Decreto legge dell'8 giugno 1992, n. 306, convertito con la legge del 7 agosto 1992 n. 356 che, all'articolo 19, modificava l'articolo 4-*bis*, con l'introduzione del tema della collaborazione che, sostanzialmente, stabilisce che i mafiosi restano in carcere sempre, senza possibilità di ottenere alcun beneficio e senza sconti di pena, a meno che non collaborino con la giustizia.

La collaborazione con la giustizia diventa l'unico requisito certo, chiaro, dimostrativo dell'interruzione dei rapporti con l'associazione *mafiosa* di provenienza. Ecco perché è stato modificato l'articolo 4-*bis*: viene riformato perché si vuole dare un taglio certo, non elementi che in positivo possono dimostrare la mancanza di collegamenti, o di interruzioni di collegamenti, ma un elemento certo. L'unico elemento certo era, appunto, la collaborazione con la giustizia.

Il contesto storico imponeva allo Stato di muoversi con strumenti efficaci e di dare messaggi non equivoci nei confronti della lotta alla *mafia*; *mafia* che intratteneva rapporti con la politica e che, da quei rapporti, ricavava la sua potenza. Era necessario che una legge dura, rigorosa, chiara, desse il segnale della totale assenza di rapporti di *quella politica* con la *mafia*.

L'utilizzo dello strumento della collaborazione con la giustizia era dovuto al fatto che, all'epoca, il tema delle *mafie* era stato oggetto di molti approfondimenti.

Una breve digressione personale renderà sicuramente meglio il senso di ciò che intendo dire.

Quando entrai in Magistratura da uditore giudiziario, ebbi la fortuna di partecipare ad alcuni convegni che vedevano la partecipazione di altissimi magistrati del calibro di Rocco Chinnici, Giovanni Falcone, Paolo Borsellino e tanti altri; relatori con una capacità di approfondimento straordinaria che dibattevano sull'associazione *mafiosa* come *tema*, perché non esisteva ancora il reato specifico.

All'epoca si prospettava l'introduzione di una nuova fattispecie che doveva essere rispondente all'esigenza di contrasto delle *mafie* e che non poteva essere rappresentata dalla sola associazione per delinquere. Le *mafie* si connotavano per alcuni elementi quali la forza di intimidazione; questa era un elemento imprescindibile e ne parlavano tutti allo stesso modo. Questo era il genere di convegni che, all'epoca, teneva la Scuola Superiore della Magistratura, proprio presso il Consiglio Superiore della Magistratura. Si trattava di incontri di studio di altissimo profilo. Ebbene, con quanta passione, con quanto senso dello Stato quegli uomini guardavano all'esigenza di intervenire legislativamente. Sono momenti che hanno dato molto a me come a tanti altri magistrati, come il procuratore Luciano D'Emmanuele, mio carissimo collega oltre che compagno di corso, che ringrazio, peraltro, per avere sollecitato il mio intervento a quest'incontro. Essendo entrati assieme in magistratura, anche lui può confermare l'esperienza straordinaria vissuta durante quegli anni, che ho cercato qui di sintetizzare.

Oggi, purtroppo, è come se di *mafia* non si parlasse più. Si sono perse la passione e la sensibilità che hanno caratterizzato quella stagione. Sono convinto che, nell'ambito di un piano di contrasto ampio alle *mafie*, dobbiamo parlare, innanzitutto, dell'impegno nella lotta alle *mafie*; solo successivamente possiamo affrontare i vari temi che vi ruotano attorno.

Da magistrato rispetto sempre tutte le sentenze, ci mancherebbe, né mi permetto di criticarle, non perché non vadano criticate. Il cittadino può farlo, se vuole, la libertà di espressione, in fondo, si sostanzia anche nel diritto di critica dei giudizi, oltre che in determinate manifestazioni pubbliche. Al magistrato però, probabilmente, spetta mantenere quel riserbo che impedisce, comunque, di giudicare. Le sentenze si applicano, soprattutto quelle della Corte costituzionale; anzi, per la verità, proprio queste ultime rappresentano, per noi, fonte di orientamento e di insegnamento.

Le criticità, però, esistono e sono legate ad una constatazione certa: chi è *mafioso* resta *mafioso*. Lo ripeto per sottolinearlo: chi è *mafioso* resta *mafioso*. Su questo cerchiamo di non avere tentennamenti: perché, se pensate di averne, falsificate voi stessi la realtà delle cose, con i vostri dubbi.

È evidente che, se guardate alla conformazione di associazioni *mafiose* come la *camorra* – quella formata da gruppi criminali ancora violenti, che

sparano sul territorio e che ancora si contendono un quartiere piuttosto che un altro, addirittura una strada piuttosto che un'altra – potrete rilevare una diversità di *forza cogente* del vincolo di appartenenza rispetto ad altre.

Guardiamo alla *'ndrangheta*, ad esempio. Se qualcuno di voi pensa che un uomo di *'ndrangheta* possa uscirne, dopo aver prestato il proprio giuramento, non ne conosce l'organizzazione e le sue regole; non ha studiato e non ha letto le sentenze. Chi entra a far parte di associazioni come *cosa nostra* ne può uscire solo ad una condizione: deve fuggire all'estero, deve cambiare nome, non deve farsi più trovare, perché non è più consentito dissociarsi. La regola, per tenere ferma l'organizzazione, è questa.

Nella *'ndrangheta* il vincolo di sangue impedisce, comunque, qualunque forma di collaborazione; non sono ammesse eccezioni. Addirittura, anche le donne che si allontanano dalle proprie case, abbandonando i propri compagni, vengono uccise. Anche costoro hanno un preciso ed inviolabile dovere: restare con l'uomo di *'ndrangheta* che hanno sposato e con la propria famiglia. Se vanno via, infrangono il patto e vengono assassinate; devono restare indissolubilmente in quella famiglia. Di esempi ne abbiamo tantissimi.

Ignorare queste realtà significa davvero non avere contezza di ciò di cui stiamo parlando.

A tal proposito, mi ritorna alla mente una sentenza della Corte di cassazione in cui, ad un certo punto, il relatore scrisse di non avere contezza di cosa fosse un *quartino*, termine comparso nell'ambito di una conversazione ambientale. Il *quartino* è la carica più alta che possa ricoprire un uomo di *'ndrangheta*. Io immagino quanta ilarità abbia provocato in quegli ambienti delinquenziali. Quando si parla di *'ndrangheta*, di *mafia*, di *camorra*, l'ignoranza non può essere ammessa, si tratta di *questioni serie* che richiedono serietà. Non possiamo trattare tutto come se possa essere comunque curato facilmente: determinate realtà non si curano.

È pur vero che se anche un solo detenuto sia riuscito a venirne fuori, quel detenuto deve avere la possibilità di uscire dal carcere.

La sentenza della Corte costituzionale è giustissima, la condivido in pieno perché rappresenta, sicuramente, un passo in avanti.

Ricordo, però, che già in precedenza la Corte costituzionale si era occupata dell'art. 4-*bis*: lo aveva fatto specificamente nella sentenza n. 306 dell'11

giugno 1993, mettendo in rilievo le scelte di politica criminale effettuate dal legislatore. La Corte, in particolare, aveva sottolineato come quest'ultimo, subordinando l'accesso alla liberazione condizionale, e ad ogni altro beneficio, alla collaborazione del detenuto, avesse voluto privilegiare esplicitamente la funzione di prevenzione generale, la protezione della collettività, proprio mediante il requisito della collaborazione dei membri dell'associazione *mafiosa*. Del resto, nel contesto della lotta al crimine organizzato, la collaborazione rappresenta uno strumento capitale per l'attività dell'autorità inquirente.

La Corte costituzionale, peraltro, in una successiva pronuncia, considerava l'atteggiamento del condannato che non collabora con l'autorità, una presunzione legislativa della persistenza del legame criminale e dell'assenza di cambiamento. Ed ancora, con la sentenza n. 135 del 24 aprile 2003, sempre la Corte costituzionale confermava che il divieto nascente dall'articolo 4-*bis* non ha il carattere di un automatismo legislativo. La disposizione in questione non vieta in modo assoluto e definitivo l'accesso alla liberazione condizionale, non è, dunque, in contraddizione con il principio della rieducazione, enunciato all'articolo 27, comma 3, della Costituzione. L'assenza di collaborazione viene vista dal legislatore come una presunzione legale del fallimento del percorso di reinserimento del condannato: questo affermava la Corte nel 2003.

Oggi, invece, la Corte costituzionale ha sviluppato un percorso differente, anche alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) con la quale si è stabilito che mantenere in carcere senza fine il detenuto, significhi violare il divieto di trattamenti inumani, cioè i trattamenti contrari alla dignità e al senso di umanità, di cui all'art. 3 CEDU. Era stata la Corte europea dei diritti dell'uomo a richiamare l'Italia, sollecitandola a proporre una formulazione diversa, con contenuti diversi, dell'articolo 4-*bis*.

Ebbene, la Corte costituzionale – che è stata appunto investita da due ordinanze, una della Corte di cassazione, l'altra del Tribunale di Sorveglianza di Perugia – ha affrontato i temi dell'irragionevolezza, ossia argomenti che erano stati sostenuti dai giudici che avevano richiesto l'intervento della Corte, soprattutto per le misure alternative dei permessi, stabilendo che tale disposizione impediva sostanzialmente un percorso di reinserimento sociale.

L'articolo 27 della Costituzione sancisce, peraltro, che il detenuto deve essere sottoposto ad un percorso di rieducazione, finalità che la pena deve possedere. Nel momento in cui non si consente il permesso, si contravviene a tale obbligo, impedendo di fatto il percorso di rieducazione e risocializzazione del condannato.

Negli stessi termini si è espresso il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, che sottolinea quanto l'intervento del giudice nel caso singolo sia importante, proprio perché la rispondenza al percorso rieducativo di ciascuno può essere, di volta in volta, diversa. Si stabilisce, quindi, oltre che la necessità di un percorso educativo pieno, anche l'esigenza di un intervento del giudice nella valutazione.

Ebbene, la Corte costituzionale è intervenuta su questo tema delicatissimo perché – come ho evidenziato, o meglio, come ho tentato di evidenziare – forte è l'esigenza di contrasto alle *mafie* e alla loro penetrazione. Dall'altro lato, però, vi è l'esigenza di osservare appieno la nostra Costituzione e, quindi, dare anche alle norme una perfetta rispondenza alla nostra legge fondamentale, che resta, ci tengo a sottolinearlo, la più bella legge che esista: una legge che parla di diritti, di dignità, di solidarietà. Se quella Costituzione trovasse veramente piena applicazione, innanzitutto non avremmo le sacche di povertà che registriamo quotidianamente, ma non assisteremmo neppure più a tanti eccessi, in aperta violazione alla solidarietà e ai diritti dei singoli, con una sopraffazione, un'arroganza e una prepotenza che, a volte, diventano veramente insostenibili.

Proprio sotto questo profilo, la Corte costituzionale ha svolto un compito difficilissimo che, naturalmente, ha assolto in modo eccellente, egregio. Non voglio dare una valutazione perché, certamente, non ne sarei in grado, ma è certo che sono state fornite delle indicazioni molto significative.

Innanzitutto, la Corte ha affermato che non si può pensare alla presunzione di pericolosità come assoluta, ma è necessario che sussista effettivamente e che, sostanzialmente, risponda all'esigenza di impedire anche il permesso premio. La Corte, nella propria motivazione, sostiene che, per consentire il permesso, è necessario che sussistano elementi che escludano non solo la permanenza dei collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche il

pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali ed ambientali.

Ebbene, la Corte arriva a questa determinazione dopo aver sottolineato come le associazioni mafiose rappresentino ancora un pericolo, come siano fortemente presenti sul territorio, come ciascuno dei loro affiliati, nel momento in cui vi entra, non ne esca.

Eppure, può esservi un caso di dissociazione, seppur isolato e, se questo caso c'è, bisogna affrontarlo. Pertanto, non è corretto escludere a priori che possa esservi la possibilità che l'associato abbia rotto il proprio legame con la criminalità organizzata: tale eventualità va presa in considerazione e alla stessa va fornito il trattamento adeguato.

Anche sotto questo profilo non solo vi è una piena condivisione, ma è importante sottolineare come la stessa Corte ha posto un tema preciso cioè quello degli elementi in positivo: chi chiede il permesso deve necessariamente sostenere la propria istanza con un quadro probatorio, che sia dimostrativo della cessazione della permanenza e che escluda il pericolo di un suo ripristino. Già nell'istanza, pertanto, si dovrebbe disporre di un quadro che sia verificabile. Credo che questo punto trovi la condivisione anche dei pubblici ministeri, anche di quelli visti come i più *cattivi*.

Nell'allegazione, come richiesta dalla Corte, si assiste ad una sorta di sostanziale inversione dell'onere della prova: l'istanza presentata deve essere sostenuta da elementi in grado di dimostrare la cessazione della permanenza di legami e/o del pericolo di un loro ripristino.

La Corte, dopo aver sostenuto il principio, auspica poi l'intervento legislativo. Una riforma indispensabile anche perché lo stesso sistema penitenziario non prevede un quadro perfettamente coerente con una modifica di questo tipo. Innanzitutto, perché chi esprime un parere è il direttore del carcere che fa parte del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente, in base al luogo di detenzione. Il Procuratore nazionale interviene solo su apposita segnalazione e non è detto che sia sempre messo a conoscenza dell'istanza. Il reclamo è di competenza del Pubblico Ministero del Magistrato di Sorveglianza competente; pertanto anche di magistrati di sorveglianza di circondari più piccoli. Si tratta di giudici certamente competenti, ma l'esperienza ci insegna – se guardate al trattamento del regime

speciale del 41-*bis* – che, sul territorio nazionale, ogni Magistrato di Sorveglianza esprime una sua interpretazione. Così, di volta in volta, a seconda che ci si trovi a Parma o a Sassari o a Milano, o in altro luogo, il trattamento cambia, le misure sono diverse. Questa disomogeneità non è ammissibile: guai che avvenga lo stesso per quanto riguarda l'applicazione della norma in questione.

Allora, è necessaria una legge che fornisca indicazioni conformi ai dettati della Corte costituzionale.

Il professor Pugiotto prospettava addirittura la possibilità di un Tribunale di Sorveglianza centralizzato, quello di Roma. Non reputo questa ipotesi impercorribile, in quanto si tratta di fornire un'interpretazione specifica ed uniforme. Occorre valutare, in modo rigoroso, la parte del testo che va tradotta in legge.

Ad oggi il parametro di riferimento resta la legge attuale; la Corte costituzionale è stata così attenta che è intervenuta, addirittura, fornendo un esempio concreto sul significato di *interruzione del collegamento* e della prova in grado di indicare quegli elementi sintomatici della cessazione del vincolo associativo. Si pensi, ad esempio, ad un'organizzazione mafiosa che non esiste più, che è cessata.

Il dettato della Corte costituzionale non è legge nel contenuto, ma sicuramente lo è nel dispositivo, perché ha dichiarato l'incostituzionalità della norma. Tuttavia, nel momento in cui la norma deve essere applicata, il rischio che ciascuno la interpreterà secondo la propria valutazione, a discapito dell'uniformità e della coerenza, è molto forte. Si tratta di un aspetto di grande criticità in una materia che è particolarmente difficile, quale quella delle *mafie*.

Ciò non vuol dire serbare sfiducia nei confronti dei magistrati di sorveglianza, che certamente hanno una capacità e una preparazione che vanno rispettate e che riconosciamo. Il problema è che, in ogni territorio, vi è il rischio di decisioni che possono interpretare la legge diversamente. Si auspica, quanto meno, un intervento legislativo che consenta al Procuratore distrettuale, che conosce la posizione del detenuto, di esprimere un parere, non demandando lo stesso al solo magistrato territorialmente competente, ovvero il Pubblico Ministero presso il Magistrato di Sorveglianza, a cui spetta

il reclamo. Egli, infatti, non dispone di tutte le informazioni necessarie sullo specifico detenuto *mafioso* che ha effettuato la richiesta di permesso. È evidente che il legislatore dovrebbe prevedere, per ovviare a tale eventualità, che l'istanza del richiedente venga inviata al Procuratore distrettuale competente per materia per il soggetto richiedente e al Procuratore nazionale. Una previsione in tal senso rappresenterebbe già un significativo passo in avanti, ma questo non è attualmente previsto.

Come Direzione nazionale antimafia, abbiamo chiesto all'amministrazione penitenziaria di farci pervenire le istanze rivolte dai detenuti mafiosi per un parere preventivo, così da consentire che, nel momento in cui perviene l'istanza di permesso, i Procuratori distrettuali possano integrare le conoscenze sulla posizione del singolo richiedente. La Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo dispone di una banca dati straordinaria, che contiene tutti i procedimenti penali celebrati dal 1992 ad oggi. Ma nello stesso momento in cui si estrapolano per il soggetto gli elementi indizianti, nonché gli elementi sopravvenuti, il Procuratore distrettuale deve comunque valutare se tali elementi siano ostativi o meno. Occorre, per questo, del tempo. La legge, tuttavia, prevede il rilascio di un permesso con reclamo in ventiquattro ore; termine assolutamente incompatibile con l'estrapolazione delle informazioni necessarie e la loro valutazione. Anche in questo caso urge un intervento legislativo.

Per concludere: l'intervento della Corte costituzionale interpreta certamente un'evoluzione del sentire diversamente il regime penitenziario.

D'altro canto, proprio sul regime penitenziario, gli stessi decreti del ministro Orlando erano orientati verso la modifica di questa disciplina. Essi prevedevano che, al di fuori della specifica associazione *mafiosa* o terroristica, laddove comunque anche quei decreti avessero mantenuto gli stessi ostacoli alla concessione di permessi o di altri benefici, vi erano, per tutti gli altri reati, delle soluzioni diverse, indicate anche nei decreti legislativi. Eppure, siamo ancora in attesa, come sottolineato a più riprese, di una legge che ritengo fondamentale e necessaria, per continuare a dare serietà all'apparato di contrasto alle *mafie*.

È questo il segnale che bisogna lanciare: i dati ci dicono che i permessi concessi ai *mafiosi*, per condanne che esulano i reati di *mafia*, e quindi

legittimamente autorizzati, sono occasioni in cui gli stessi escono e riprendono i loro legami, gestendo nuovamente gli stessi affari e gli stessi rapporti che gestivano prima e durante la detenzione.

Io mi fermerei qui e ringrazio ancora per la bellissima occasione che mi è stata offerta.

Il lavoro della Corte nell'elaborazione e nella scrittura della sentenza n. 253 del 2019

Nicolò Zanon

Giudice della Corte costituzionale della Repubblica Italiana; Professore di Diritto costituzionale dell'Università degli Studi di Milano

Premetto di essere qui fundamentalmente per ascoltare: non sono un giudice o un magistrato di professione, ma un docente universitario prestato a questa attività. Però, in tale veste, credo di poter dire che sarebbe opportuno che i giudici di qualunque genere parlino il meno possibile, soprattutto quando hanno scritto quello che avevano da dire.

Le sentenze, dopo essere state emesse, si distaccano dai loro autori, così come dal collegio della Corte, ed entrano nell'ordinamento, diventando oggetto di valutazioni critiche o elogiative. Per un giudice è molto importante, pertanto, soprattutto su un argomento così drammatico, ottenere un riscontro da parte degli addetti ai lavori, per capire se la funzione svolta si sia rilevata utile o meno. Mi perdonerete, dunque, se la mia libertà di manifestazione del pensiero è fundamentalmente limitata: alcune cose potranno essere dette, su altre dovrò tacere.

Il prof. Della Monica ha posto una serie di sollecitazioni sulle quali, ovviamente, non potrò dire granché. Dirò quello che mi sembra possa essere utile, alla luce delle belle relazioni che ho ascoltato: Andrea Pugiotto – non avevo dubbi – ha radiografato la sentenza; il prof. Della Monica ha aggiunto ulteriori elementi, mettendo in possibile contrapposizione la sentenza n. 253 del 2019 con la n. 188 del 2019 e ponendo alcuni quesiti; il Procuratore nazionale antimafia ha evidenziato problemi radicali.

Quello che può essere utile evidenziare, dal mio punto di vista, è questo: noi ci siamo avvicinati a questo tema con grande umiltà e rispetto, partendo dai nostri precedenti, che giustamente il procuratore De Raho ha ricordato: innanzitutto, la sentenza n. 306 del 1993.

Si tratta di una sentenza, sul tema specifico dell'art. 4-*bis* ord. penit., molto bella, a mio avviso, la quale si conclude con una declaratoria di non fondatezza, una sentenza di rigetto. Su altre questioni, invece, vi sono dei parziali accoglimenti. Era il 1993, a poco più di un anno dalla strage di Capaci, un contesto storico di cui siamo perfettamente consapevoli. Come dicevo, si tratta di una sentenza tanto bella quanto sofferta, perché contiene – si percepisce chiaramente – una decisione di compromesso, come del resto è accaduto anche con la sentenza n. 253 del 2019; è così perché si è dovuto tenere insieme molti argomenti. Tuttavia, è una pronuncia nella quale vengono poste ed affrontate le stesse questioni di cui si discute oggi, alle quali, abbiamo dato una risposta parzialmente divergente.

Nella sentenza n. 306 del 1993, come anche nella n. 253, i due grandi principi che entrano in bilanciamento, e in potenziale contrapposizione sono, da una parte, le esigenze di politica criminale, questione molto seria, tremenda e importante, sulla quale il legislatore rappresentativo ha dei compiti fondamentali che la Corte rispetta – ci mancherebbe altro! – dall'altra, la necessità di costruire un trattamento penitenziario che si basi sulle esigenze del singolo condannato. Come diceva bene poc'anzi Andrea Pugiotto nel suo intervento, si tratta del singolo condannato, di un'esigenza individuale, di un percorso che non può che essere individualizzato. Allorquando queste esigenze di politica criminale e investigativa irrompono dentro l'ordinamento penitenziario e toccano la vicenda di ciascun singolo, è proprio qui che si innesca un possibile cortocircuito.

Nel 1993 l'impressione di quelle terribili stragi mafiose era molto forte; invito tutti, tra l'altro, se si ha l'occasione, a ricordare come anche in Parlamento – al momento della conversione in Legge del Decreto legge voluto all'indomani di Capaci – con quanta consapevolezza culturale e istituzionale, con quanta sofferenza, i parlamentari si accinsero a introdurre la regola che noi, quest'oggi, abbiamo dichiarato incostituzionale, relativamente al permesso premio. Era tangibile una sofferenza, una consapevolezza delle criticità costituzionali e del dibattito, che si può scorgere in quei resoconti e che, purtroppo, è del tutto mancata oggi. Andrea Pugiotto ricordava la campagna di stampa che ci fu prima e dopo la sentenza, prima e dopo il comunicato che l'ha annunciata. All'indomani della sua

pubblicazione non ho più sentito granché, forse perché, leggendola, ci si è resi conto che i temi andavano inquadrati in un altro modo.

L'occasione di oggi è un *bagno di ragione*, di razionalità, di attenzione critica che sono straordinariamente mancati nel dibattito pubblico dei mesi precedenti. Questo mi spaventa molto, perché vuol dire che siamo al cospetto di una elementarizzazione del dibattito pubblico, di una semplificazione deformante delle cose che impedisce a tutti noi di capire. Per cui, ringrazio gli organizzatori per questa occasione di confronto civile, accompagnata da un ragionamento che va in profondità e che, possibilmente, condurrà a qualche progresso.

La n. 306 del 1993 era una sentenza molto sofferta, dalla quale, assieme ai miei colleghi, abbiamo preso spunto, traendo e sviluppando considerazioni che però già erano presenti in sé stessa.

Non cito la sentenza n. 253 del 2019, sarebbe inelegante, tuttavia mi piace ricordare quella precedente generazione di giudici costituzionali. Autore della sentenza era un avvocato illustre, Ugo Spagnoli, che si era espresso in questo modo: «inibire l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati per determinati gravi reati, i quali non collaborino con la giustizia, comporta una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena, perché 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» scriveva Ugo Spagnoli insieme ai suoi colleghi «la tendenza alla configurazione normativa di tipi d'autore per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita in caso di mancata collaborazione».

Si entra qui su un terreno delicato, che il procuratore De Raho ha efficacemente richiamato e sul quale resto in silenzio perché voglio ancora riflettere. Tra l'altro, alla Corte non sono sfuggite le criticità che il procuratore rappresentava, anche perché le questioni, per come erano state poste, andavano 'prese dalla testa', nel senso che i remittenti hanno afferrato, all'interno del decalogo dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., parte del suo nucleo originario: i delitti di associazione vera e propria e i delitti di contesto mafioso. Noi ci siamo ritrovati davanti alla difficoltà di affrontare un tema relativo a questo coacervo, come è stato definito, a questo contenitore

eterogeneo, stratificato e non coerente di reati, partendo, però, proprio da quelli più caratterizzati, in termini di attinenza, con le organizzazioni criminali. Abbiamo, pertanto, dovuto affrontare anche un'enorme difficoltà di natura sociologico-culturale, oltre che giuridica, ponendoci l'obiettivo di approfondire, di chiedere, di sapere.

Avremmo voluto tenere delle audizioni, ovviamente riservate, e il procuratore De Raho sarebbe stato il primo probabilmente, che avremmo voluto ascoltare, ma sarebbe stata un'innovazione. A tal riguardo, abbiamo approvato una modifica delle norme integrative della Corte che consente le audizioni, come ausilio al procedimento di formazione della nostra convinzione. Ritornando alla sentenza, come sottolineato, abbiamo cercato di approfondire tutte le questioni, per quanto nelle nostre possibilità, ma certamente quello sottolineato dal procuratore è un tema che permane.

Abbiamo ritenuto che il decorso del tempo abbia un rilievo e, pertanto, abbiamo voluto differenziare le valutazioni riferite ai detenuti in via cautelare, rispetto a quelle relative ai condannati in via definitiva, assumendo questa prospettiva.

Vorrei aggiungere una riflessione, forse l'unica che è rimasta in ombra della sentenza attuale e alla quale, in particolare, chi l'ha scritta attribuisce un certo rilievo. Abbiamo affermato che è giusto premiare chi collabora, poiché si tratta di soggetti già condannati a una determinata pena proporzionata al reato commesso. Ciò che non è corretto è, invece, aggravare il trattamento penitenziario nei confronti di chi non collabora. La previsione dell'art. 4-bis ord. penit., di presunzione assoluta – della non collaborazione come condotta equivalente ad aver mantenuto vivi i legami con l'organizzazione criminale e, quindi, ostativa all'accesso ai benefici penitenziari – rappresenta, sostanzialmente, un aggravamento del normale trattamento penitenziario che spetta a tutti i detenuti e che finisce col configurarsi, dunque, come un'afflizione ulteriore. Questa considerazione non è stata esplicitata nel corpo della motivazione, perché è sempre preferibile scrivere il meno possibile nelle sentenze, anche in quelle molto lunghe, come quella in oggetto. Personalmente ne sono profondamente convinto: ritengo – e non impegno la Corte – che nella disposizione in commento non ci fosse solo un contrasto con l'idea della funzione risocializzante della pena, quella tendenziale

funzione che è esplicitamente prevista nell'art. 27 Cost., bensì anche con la stessa funzione retributiva della pena, che pure esiste e di cui non si parla quasi più. Non mi considero facente parte di coloro che hanno una tendenza troppo *retorico buonista* in tema di carcere: penso che la pena debba avere anche una funzione retributiva; si chiama pena del resto. Tuttavia, si trattava esattamente di un aggravamento retributivo, anche perché la sanzione per la quale il reo viene retribuito, è stata già ottenuta con la sentenza di condanna. La mancata collaborazione, pertanto, con le annesse esigenze di politica criminale e investigativa dello Stato, non può giustificare, anche alla luce della funzione retributiva stessa della pena, un'ulteriore afflizione del percorso penitenziario. Ciò non è stato scritto nel corpo della motivazione per non ingenerare ulteriori problemi e confusioni, ma, a mio avviso, si tratta di un tema che sta dentro la complessiva visione culturale che la sentenza n. 253 del 2019 esprime in sé.

Qui si concludono le considerazioni che posso proporre e gli argomenti di cui io posso parlare. Nel corso del dibattito, si è già detto tanto e molto bene, sono già stati identificati i confini del *decisum*.

Con la sentenza n. 253 ci siamo occupati soltanto del permesso premio; non abbiamo proferito parola sugli altri benefici penitenziari e, in generale, sulle misure alternative alla detenzione. Va dato atto che il permesso premio non rientra tra le misure alternative alla detenzione, quindi abbiamo volutamente ritratto la penna da qualsiasi considerazione e da qualsiasi motivazione che, su questo aspetto, potesse pregiudicare le questioni future che, probabilmente, arriveranno, su queste ulteriori misure abbiamo voluto, per così dire, tenerci le mani libere. È un'elementare esigenza di prudenza di un organo collegiale complesso come la Corte, dentro la quale il dibattito su queste questioni è evidentemente ancora in corso.

Anche per la sentenza n. 188 del 2019, in fondo, sulla quale il prof. Della Monica sollecitava un mio intervento, è stato così; eravamo consapevoli della questione aperta sull'art. 4-*bis* ord. penit., ancora oggetto di decisione, e abbiamo volutamente tenuto la penna più leggera possibile; tuttavia, almeno il riferimento all'elenco stratificato ed eterogeneo dell'art. 4-*bis* è presente. Tutto il resto della sentenza era anche un tentativo di non pregiudicare

questioni future sull'art. 4-*bis* ord. penit., come quelle relative alla cosiddetta *Legge spazzacorrotti*.

Bisogna tener presente che la Corte è un organismo complesso, con un dibattito forte al suo interno; necessariamente, le sentenze non hanno mai un orientamento granitico, sono piuttosto espressione delle diverse sensibilità, che sussistono dentro il collegio. Al netto di tali considerazioni, fatta salva la parte ricostruttiva – relativa al richiamo a criteri con cui valutare l'atteggiamento del richiedente il permesso premio, che debbono essere ispirati a particolare rigore e proporzionati alla forza del vincolo associativo, che si vuole concluso – la *pars destruens* della sentenza credo che risponda nitidamente a un'ispirazione di garanzia, che si percepisce molto bene.

Un aspetto sul quale, forse, non abbiamo posto troppo rilievo, ma del quale, se si vuole, può esserne riconosciuto *in nuce* qualche elemento, sta proprio nella considerazione appena svolta: alla Corte è sembrato importante negare che la mancata collaborazione con la giustizia venga considerata, con presunzione assoluta, sintomo inequivocabile del fatto che i legami con le organizzazioni criminali non sono stati sciolti, perché in realtà vi possono essere mille motivi per i quali un soggetto non collabori, pur non avendo alcuna intenzione di mantenere vivi quei legami. Si tratta di un punto fondamentale, molto *self-restraint*, molto limitato e molto neutro.

Non abbiamo proferito parola sul contrario, ovvero sul fatto che la collaborazione costituisca davvero sintomo del ravvedimento critico, del ravvedimento operoso, del ripensamento della propria esperienza. Questa ottica correzionalista, francamente, a me è del tutto estranea. Può darsi che non sia estranea ad altri colleghi, anche componenti della Corte costituzionale. Sicuramente, però, nella sentenza non ve n'è e ritengo che non ci sia a ragion veduta perché, a mio parere, quello che conta non è consentire al reo di pentirsi, questo non è affare della Legge e dello Stato. Ciò che conta è di rimettere il condannato nelle condizioni di poter ritornare a far parte della comunità sociale senza danneggiarla.

Dal mio punto di vista, qui si arresta il compito dello Stato, è un'ottica fondamentale di garanzia alla quale, credo, la sentenza n. 253 del 2019 sia ispirata.

Dalla pronuncia costituzionale n. 253 del 2019, spunti per un intervento riformatore

Maria Antonia Vertaldi

Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Roma

L'intervento della Corte costituzionale sull'art. 4-*bis* ord. penit., effettuato con la sentenza n. 253 del 2019, amplia grandemente, per qualità, incisività e delicatezza, il controllo ed il ruolo della magistratura di sorveglianza e, se da un lato ne ribadisce la grande importanza, dall'altro mette a nudo quelle che saranno le molteplici difficoltà di assolvere al nuovo mandato.

Questo segmento della giurisdizione, già estremamente trascurato e abbandonato a sé stesso, rischia di non essere in condizione di fronteggiare l'aspettativa e l'aggravio di impegno aperti dalla pronuncia in questione.

La Corte costituzionale immagina e disegna un controllo giurisdizionale estremamente sofisticato e approfondito, proprio di un grande Paese avanzato e dotato di mezzi, laddove lo scollamento con la realtà degli uffici giudiziari di sorveglianza risulta lacerante.

Il più importante profilo su cui è, dunque, indispensabile intervenire, anche in sede normativa, è quello delle dotazioni di personale e di mezzi. È il rapporto magistrati/personale amministrativo che deve essere radicalmente rafforzato, anche fissandolo in sede normativa, aumentando il personale amministrativo in misura molto consistente per quanto attiene allo specifico segmento della magistratura di sorveglianza. Questo settore non può reggere un rapporto numerico fra magistrati e personale amministrativo inferiore ad almeno $\frac{1}{4}$. Inoltre, questo settore non può sopportare scoperture di organico, particolarmente del personale amministrativo, senza entrare in crisi.

A ciò si aggiunga che, affinché la giurisdizione di sorveglianza possa bene funzionare, è necessario anche un numero adeguato di educatori e di psicologi per bene condurre l'osservazione intramuraria e la predisposizione di un percorso di trattamento.

La situazione di fatto oggi, negli Uffici giudiziari e negli Istituti di pena, è assai lontana dall'appagare questi bisogni e ad ogni insufficienza di questo fronte corrisponde un controllo giurisdizionale inadeguato. Questo deve essere chiaro a tutti.

Venendo al tema che il vostro autorevole Convegno discute: la Sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale indica una strada. Non credo si possa mettere in discussione questa strada. Le sentenze della Corte costituzionale vanno rispettate e non solo formalmente.

Del resto, il percorso analiticamente descritto nella sentenza ha già una sua autosufficienza e la stessa Corte costituzionale ha già fortemente limitato, a mio giudizio, l'incisività dell'intervento. L'innovazione normativa determinata dalla sentenza, eliminando qualsiasi pronuncia di inammissibilità, determinerà un notevole incremento del lavoro, essendo divenuta sempre necessaria una pronuncia del magistrato sul merito dell'istanza, ma non dovrebbe determinare un significativo incremento degli accoglimenti delle domande di permesso da parte dei soggetti rientranti nel catalogo dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.

La Corte ha, infatti, ribadito espressamente che permane la preclusione legata alla mancata collaborazione, la quale preclusione perde solo la sua natura assoluta, potendosi ammettere una prova contraria. Ma soprattutto la Corte ha precisato che la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta, sia superabile, non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi.

Su queste basi, un intervento normativo può essere ragionevolmente ipotizzato, nel senso di superare una volta per tutte l'unificazione delle fattispecie eterogenee contenute nel catalogo dei reati indicati nel primo comma dell'art. 4-*bis*, foriero di molteplici problemi e di potenziali inadeguatezze.

Sarebbe, cioè, necessario che il segmento criminologico proprio della mafia e del terrorismo, che caratterizzava il primo intervento legislativo che introdusse la norma in questione, restasse titolare di una disciplina penitenziaria propria, segnata dalle esigenze di verificare l'effettività della

rottura del legame criminale attraverso la collaborazione. Allo stesso modo, il regime penitenziario relativo agli altri – pur eccezionalmente gravi – reati ricompresi nel catalogo dovrebbe essere sottoposto ad una disciplina ipotizzata specificamente per tali reati, fondando, così, le valutazioni intorno alla pericolosità ed all'accesso ai benefici su presupposti peculiari propri dello specifico criminologico cui essi appartengono.

Non sembra, invece, indispensabile un intervento specifico in punto di liberazione condizionale. La disciplina vigente è risultata idonea nel regime precedente alla pronuncia n. 253 e la sentenza della Corte costituzionale detta un tessuto normativo che può reggere anche in punto di liberazione condizionale, posto che essa non può che intervenire all'esito di un percorso personale sperimentato ed evidente.

Potrebbe apparire, piuttosto, utile affrontare espressamente, riunificandola, la disciplina dei permessi premio a quella delle misure alternative, ampliando la portata dell'intervento della Corte costituzionale, sul presupposto che un tale cammino è oramai segnato ed appare, pertanto, opportuno che sia lo stesso Legislatore a scriverlo.

Per quanto attiene, poi, allo specifico tema dei permessi premio, del relativo procedimento di concessione o diniego e della relativa competenza, qualsiasi ipotesi di intervento normativo deve confrontarsi col fatto che una tale valutazione ha assolutamente bisogno di una delibazione di prossimità per poter essere operata in modo individualizzato, esigenza che la Corte ha espressamente messo al centro della sua pronuncia. Concedere o negare un permesso prescindendo da un legame territoriale, e quindi di prossimità col detenuto, equivale a incrinare il senso stesso della giurisdizione di sorveglianza.

Sulla base di tale premessa, si possono sviluppare alcune considerazioni:

- a) Deve, innanzitutto, escludersi radicalmente qualsiasi ipotesi di modifica normativa che accentrasse – in prima battuta ma, anche in sede di reclamo – a Roma la competenza a concedere o negare il permesso premio ai detenuti condannati per questi reati. Essa sarebbe la negazione del ruolo di controllo della magistratura di sorveglianza.

Ogni parallelismo con la giurisdizione esclusiva del Tribunale di sorveglianza di Roma in materia di reclami avverso i decreti ministeriali

di applicazione e/o proroga del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. è fuorviante ed inadeguato; infatti, assolutamente diversa è la materia, atteso che trattasi, riguardo al 41-*bis*, di un'attività di giurisdizione che non riguarda il trattamento dei soggetti detenuti, tanto è vero che, ogni questione attinente ai diritti di questi ultimi, ovvero ad ipotesi di loro violazione, è devoluta, come per legge, alla giurisdizione del magistrato di sorveglianza di prossimità territorialmente competente.

- b) Può essere, invece, plausibile assegnare la competenza a concedere o negare i permessi premio all'Organo territoriale collegiale, come del resto è previsto per le misure alternative. Limitatamente ai permessi per i detenuti condannati per reati di mafia e terrorismo la collegialità della valutazione ha una sua ragionevolezza, limitando la già marcata esposizione del magistrato di sorveglianza in questa materia.

La caduta della presunzione assoluta di pericolosità sociale e la sancita scissione del binomio collaborazione/rieducazione, consentono, oggi, ad ogni detenuto (esclusi coloro che sono sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., per i quali la presunzione di pericolosità rimane assoluta in quanto correlata a specifici profili personologici, criminologici e giudiziari) la possibilità di provare il proprio cambiamento, intervenuto quale effetto della funzione rieducativa della pena in corso di espiazione, a tutto vantaggio, ricorrendone i presupposti, della possibilità di fruire di permesso-premio, che, per essere vero e proprio elemento del trattamento penitenziario e rieducativo, dovrebbe gradualmente e ragionevolmente condurre verso quella ipotesi di libertà; già essa sola, una volta caduto il sistema delle preclusioni, potrebbe, secondo le indicazioni della CEDU, riportare anche la posizione di soggetti condannati all'ergastolo per i gravi reati di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. in una situazione di detenzione più aderente al dettato dell'art. 3 Convenzione EDU.

Essenza, legittimità e utilità della pena fino alla morte In margine a due importanti pronunciamenti giurisdizionali sull'ergastolo ostativo

Stefano Anastasia

Garante delle persone private della libertà per le Regioni Lazio e Umbria;
Portavoce della Conferenza dei Garanti territoriali delle persone private della
libertà; Docente di Filosofia e Sociologia del Diritto dell'Università di Perugia

Sommario: 1. Essenza e tollerabilità etica dell'ergastolo. – 2. La sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: un atto dovuto, una pronuncia misurata. – 3. Politica e diritto contro la criminalità organizzata.

1. Essenza e tollerabilità etica dell'ergastolo

Sullo sfondo delle dirimenti decisioni della Corte europea per i diritti umani e della Corte costituzionale sulla possibilità di reinserire progressivamente nella società persone condannate all'ergastolo¹, anzi: in premessa di esse, c'è la domanda radicale se sia legittimo il “carcere a vita”, come si dice edulcorando la verità del suo contrario, e cioè se sia legittimo punire, privare della libertà, tenere in carcere una persona fino alla morte. Parliamo, dunque, dell'ergastolo in sé, della pena fino alla morte o della pena di morte viva.

Già in questi giochi di parole, che dobbiamo a testimoni della sua realtà, come Nicola Valentino, Carmelo Musumeci ed Elton Kalica², il tema dell'ergastolo si associa a quello della pena di morte, essendone – sin da

¹ Corte europea dei diritti umani, I sezione, *Viola v. Italia* n. 2, n. 77633/16, 13 giugno 2019; Corte costituzionale, Sentenza n. 253/2019.

² N. VALENTINO, *Ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Sensibili alle foglie, 2009; C. MUSUMECI, *L'urlo di un uomo ombra. Vita da ergastolano ostativo*, Smasher, 2013; E. KALICA, *La pena di morte viva. Ergastolo, 41-bis e diritto penale del nemico*, Meltemi, 2019.

Beccaria³ – un sostituto simbolico e funzionale: la morte civile in luogo della morte fisica. Non a caso Luigi Ferrajoli⁴ le ricomprende sotto l’antica, comune nozione di “pene capitali”.

È accettabile la pena capitale nel nostro ordinamento e nella nostra società? Contro qualsiasi opinione diffusa, noi diciamo che la pena di morte non è mai legittima. Per il timore di un errore giudiziario, cosa che ci salverebbe l’anima di fronte all’ergastolo? No, non solo. Diciamo di no perché non accettiamo di metterci sullo stesso piano di chi commette violenza, la più efferata di tutte, per di più con la protervia di chi sa di farla franca. “Noi non siamo come loro”: questo è il primo argomento che impedisce a molti ordinamenti democratici di comminare la pena capitale. “Noi non siamo come loro” equivale a dire che, al contrario di chi commette i reati più gravi, noi riconosciamo un’umanità intangibile in ciascuna persona. È questa quella rivoluzione della dignità universale di cui scriveva l’ultimo Rodotà⁵ e che si è andata affermando a partire dalla seconda metà del Novecento. «L’uomo, e ogni essere razionale in genere, *esiste* come scopo in sé stesso, e *non solo come mezzo* perché sia usato da questa o quella volontà» scriveva Kant⁶, e ancora: «In tutte le sue azioni, dirette sia verso sé stesso sia verso altri esseri razionali, esso dev’essere sempre considerato, *al tempo stesso, anche come un fine*». Un essere umano non può essere considerato esclusivamente un mezzo per fini altrui senza decadere a cosa, quand’anche quei fini fossero della maggioranza dei consociati, per esempio nel contrasto alla devianza criminale. Il principio di dignità umana implica che un essere umano (anche

³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XXVIII, *Della pena di morte*.

⁴ L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 1/1992, pp. 80-81, ora in ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 179-187.

⁵ S. RODOTÀ, *Antropologia dell’uomo dignus*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 4/2010, poi in ID., *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, 2012, pp. 179-199, e in ID., *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, a cura di G. ALPA e M.R. MARELLA, Jovene, 2017, pp. 345-362.

⁶ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), Rusconi, 1994, Sez. II, § 3, XII cpv.

l'autore del più efferato reato, anche nella contingenza più grave) non possa essere messo a morte.

Fin qui la cultura giuridica europea non tentenna. Ma questa argomentazione regge anche contro l'altra pena capitale, la pena fino alla morte, la pena dell'ergastolo? Sì, io credo, e questo voglio argomentare, riprendendo la traccia di una riflessione abbozzata intorno al Principe dell'Illuminismo giuridico italiano, Cesare Beccaria, alla sua contestazione della pena di morte e alla preferenza da lui accordata alla pena dell'ergastolo, capace di ridurre per tutta la vita il condannato a «bestia da servizio», esempio e monito contro chi ne volesse ripetere le gesta⁷.

Come è evidente, proprio da questa vivida immagine fornita da Beccaria del perenne tormento dell'ergastolo, l'esecuzione delle pene capitali, della pena di morte come dell'ergastolo, persegue esclusivamente fini estranei al condannato (quali possono essere quelli della sicurezza della comunità che si avrebbe attraverso la sua morte fisica o civile o attraverso l'esempio che essa darebbe nei confronti del prossimo) e dunque illegittimi secondo il paradigma della dignità universale che regge le democrazie costituzionali contemporanee e l'ordinamento giuridico internazionale.

Intervenendo in Senato⁸, in occasione dell'ultima discussione parlamentare di un disegno di legge per la sua abolizione, il compianto Aldo Masullo ci esortava a cambiare il tenore della domanda sulla accettabilità etica dell'ergastolo: «la domanda che ci dobbiamo porre non è se esso violi o non violi il sacrosanto diritto alla vita, ma se violi il diritto all'esistenza. L'esistenza designa la condizione, che noi sperimentiamo momento per momento, dell'incessante perdere parte di noi stessi e essere sbalzati verso un'altra identità, fuor della quale presto saremo ancora sbalzati». Nella pena il condannato è identificato con il suo passato, anzi con un fatto, un episodio del suo passato. Questo congelamento dell'identità, nel condannato a pena

⁷ Per approfondimenti, sia consentito di rinviare a S. ANASTASIA, *Con Beccaria oltre Beccaria: dall'abolizione della pena di morte a quella dell'ergastolo*, in *Antigone*, n. 3/2014, pp. 96-104.

⁸ Senato della Repubblica, XIII legislatura, Resoconto stenografico, 29 aprile 1998, pp. 48-51.

temporanea, vive della consapevolezza di una vita ulteriore oltre di essa, e dunque del tentativo di prepararsi, mantenendo legami affettivi e familiari, attrezzandosi ad affrontare le sfide che ne verranno. Per il condannato alla pena dell'ergastolo, viceversa, il tempo si ferma: non c'è un dopo a dare senso al presente. «L'ergastolano – diceva ancora Masullo – nella sua condizione, di momento in momento, di ora in ora, vede morire parte di sé stesso senza che nasca alcuna possibilità nuova».

Allo *scandalo della morte come pena* denunciato da Beccaria, si aggiunge quindi lo *scandalo della vita come pena*, della identificazione tra pena e vita. Se con la pena di morte la vita cessa improvvisamente il suo corso, nella identificazione tra pena e vita, la vita umana – priva di continua rigenerazione esistenziale – è ridotta a mera riproduzione delle sue componenti biologiche. Siamo disposti ad accettare una simile negazione della dignità umana? Questo è il primo quesito a cui dobbiamo avere il coraggio di rispondere, quando in campo ci sia la questione dell'ergastolo. Senza nasconderci dietro la sociologia improvvisata di alcuni giuristi che confondono le previsioni normative con la realtà (la liberazione condizionale dell'ergastolano dopo ventisei anni di pena: questa sconosciuta!) o la teoria del male assoluto che, ammettendo l'eccezione, ne ammette la legittimità.

2. La sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: un atto dovuto, una pronuncia misurata

Al momento del suo annuncio aveva fatto scatenare l'iradiddio, invece il deposito della sentenza della Corte costituzionale sui permessi premio ai detenuti ostativi è passato quasi sotto silenzio sulla stampa nazionale: poche righe redazionali, un paio di interviste a commento. Misteri della politica e della informazione!

Eppure, il deposito della sentenza e la successiva pubblicazione nella Gazzetta ufficiale ne fanno decorrere gli effetti giuridici, e quindi – come nel caso di specie – l'effettiva inapplicabilità della norma dichiarata illegittima. Con il deposito della sentenza si conoscono le argomentazioni della Corte, su cui dovrebbe esercitarsi quello spirito critico di commentatori e addetti ai

lavori che in questo caso, invece, si è speso solo sul primo comunicato della Corte costituzionale, quello – appunto – che ne anticipava la decisione. Evidentemente nel dibattito pubblico italiano si preferisce commentare al riparo dalle argomentazioni di merito, quando si può dire qualsiasi cosa senza timore di essere smentiti, piuttosto che confrontarsi con le parole della Corte per rilevare potenzialità e limiti di una sua importante decisione.

Dunque, per stare al merito, la Corte costituzionale ha deciso l'illegittimità dell'articolo 4-*bis*, comma 1, dell'ordinamento penitenziario (quello che stabilisce la preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari dei condannati per fatti di criminalità organizzata e per altri gravi delitti) nella misura in cui non prevede che possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia. Come ha sintetizzato l'ottimo ufficio stampa della Corte costituzionale: è giusto “premiare” il detenuto che collabora, inammissibile “punirlo” ulteriormente per la mancata collaborazione.

Come si sa, l'impedimento all'accesso ai benefici, se non sotto la condizione della collaborazione con l'autorità giudiziaria, è disposto sulla base della presunzione di pericolosità sociale del condannato per fatti di criminalità organizzata e per altri gravi reati. La Corte non contesta questa presunzione di pericolosità sociale, «purché si preveda che possa essere vinta da prova contraria», insomma: che non si tratti di una presunzione assoluta, ma che si limiti a essere una presunzione relativa. Tutto questo, nel ragionamento della Corte, dipende da tre ordini di argomentazione:

- a) la presunzione assoluta è motivata da esigenze investigative e di sicurezza che possono avere «conseguenze afflittive ulteriori», e per ciò stesso illegittime, sul detenuto non collaborante;
- b) questa assolutezza impedirebbe di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena;
- c) infine, l'assolutezza della presunzione di pericolosità sociale si basa su una generalizzazione le cui contestazioni devono poter essere valutate dal giudice di sorveglianza.

Dunque, come era facile evincere già dal comunicato stampa della Corte, nessun “liberi tutti”, come – per ignoranza o per strumentalità – qualcuno ha sostenuto, ma solo decisioni caso per caso, senza che la mancata

collaborazione renda di per sé inammissibile l'istanza del detenuto. Dunque, speriamo che abbiano rimesso in fodera le armi, coloro che erano arrivati a minacciare di rispondere alla Corte costituzionale con la proposizione di norme geneticamente incostituzionali.

Piuttosto, dal punto di vista applicativo, meritano qualche approfondimento due aspetti della decisione della Corte: da una parte se veramente essa possa essere limitata ai permessi premio o se non possa riguardare, in futuro, anche altri benefici e misure alternative, e – specificamente – la liberazione condizionale per gli ergastolani; dall'altra a quali parametri dovrà attenersi il giudice per la concessione dei permessi premio (e, in futuro, le altre misure attualmente precluse dall'art. 4-*bis*). Sul primo punto, è facile prevedere che la presunzione assoluta di pericolosità sociale sarà superata anche per l'accesso alle altre misure, consentendo – in fine – la fine dell'ergastolo ostativo per qualcuno dei suoi destinatari. In questo senso va la questione di costituzionalità sollevata dalla Prima Sezione Penale della Corte di cassazione con ordinanza n. 18518/20 del 3 giugno 2020. Sul secondo punto, invece, va rilevato che la Corte fa un intervento additivo che rischia di rendere quasi impossibile l'accesso ai benefici dei condannati ostativi, salvo che il giudice di sorveglianza non decida con molto coraggio e indubbia capacità divinatoria.

Quel che gli animosi sostenitori del carcere fino alla morte hanno omesso di dire nelle loro invettive incostituzionali è che quello della collaborazione con la giustizia non è l'unico requisito speciale che grava sui condannati per reati ostativi nell'accesso a benefici e misure alternative. A esso si aggiunge la necessità, per il giudice di sorveglianza, di acquisire elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. E se l'indagine fosse superficiale, il Procuratore nazionale o il Procuratore distrettuale antimafia potranno sempre porre il loro veto e impedire qualsiasi concessione di qualsiasi beneficio.

A questa previsione, che la Corte non ha minimamente intaccato, se ne aggiunge ora un'altra, di incerta origine normativa: il giudice di sorveglianza dovrà acquisire elementi tali da escludere «il pericolo del ripristino» di collegamenti con la criminalità organizzata. Quali potranno essere questi elementi non è facile immaginare. Pura scienza divinatoria, appunto.

Insomma, con questa sentenza la Corte costituzionale ha felicemente ribadito i limiti e i fini costituzionali della pena, e di questo le siamo grati, ma non vorremmo essere nei panni dei giudici di sorveglianza cui spetterà affrontare istanze maturate in anni di detenzione e che dovranno affrontarle con un nuovo e imprevisto parametro restrittivo.

3. Politica e diritto contro la criminalità organizzata

Dal momento del deposito della sentenza della Corte costituzionale un migliaio di detenuti condannati all'ergastolo hanno potuto chiedere di essere valutati da un giudice ai fini della concessione di un permesso finalizzato al loro futuro reinserimento sociale, tra cui anche Filippo, entrato in carcere ventisei anni fa con la seconda elementare e laureatosi in giurisprudenza a Rebibbia proprio nel giorno della pronuncia giurisdizionale. Nulla di più, nulla di meno. Esattamente quanto era desumibile dall'articolo 27, comma 3, della Costituzione, secondo cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Nessun automatismo e nessuna scarcerazione obbligata, né immediata, né futura: solo la restituzione al giudice della possibilità di valutare l'evoluzione nella personalità del condannato ai fini del suo eventuale reinserimento sociale auspicato dalla Costituzione.

In termini giuridici, la questione era lapalissiana, e stupisce che alcuni autorevoli operatori del diritto (in verità quasi tutti appartenenti ai ranghi della pubblica accusa) abbiano potuto sostenere che la Corte avrebbe dovuto decidere altrimenti. La Corte giudica le leggi sulla base dei parametri costituzionali e ne ha tratto le dovute conseguenze. Altro sarebbe stato se la Corte fosse stata svincolata da parametri di diritto costituzionale e avesse potuto decidere, come curiosamente quegli uomini di legge le chiedevano di fare, sulla base di presunti parametri di efficacia dell'apparato repressivo dello Stato. Allora, certo, la Corte avrebbe potuto dire che la lotta alla mafia val bene una messa, e che la Costituzione, i suoi diritti e le sue garanzie non valgono per tutti. Ma questo non era nel potere della Corte, perché in uno Stato costituzionale di diritto i vincoli valgono per tutti, e dunque anche per i

poteri costituiti, siano essi la Corte costituzionale, il Governo o autorevoli magistrati.

Chiusa la questione giuridica, si apre quella politica. È giusto che sia così? È giusto che la Costituzione limiti il potere di punire anche nei confronti di autori di gravi reati commessi in un vincolo organizzativo criminale e riconosca anche a loro un'aspettativa di reinserimento sociale? Potrei facilmente dire di sì, sulla base della coerenza interna di una Costituzione fondata sull'universalità dei diritti della persona umana e sulla distinzione tra l'amministrazione della giustizia di uno Stato costituzionale di diritto e la mera repressione della violenza di una giustizia primordiale e vendicativa. Ma i sostenitori dell'ergastolo ostativo, della certezza della pena fino alla morte, sul terreno etico e dei principi non hanno piacere a muoversi. E parliamo allora di efficacia: qualcuno davvero crede che le organizzazioni criminali si battano attraverso l'eliminazione dal consesso civile di coloro che ne hanno fatto parte? Davvero qualcuno pensa che la mafia possa essere sconfitta dagli anni di carcere e dal simulacro di qualche capomafia che muore in galera? Dunque è solo questo la mafia? Un esercito di malfattori e criminali da reprimere militarmente? Non è un potere, talvolta antagonista e talvolta colluso a quelli pubblici e privati, che produce economia, società e cultura, da tempo non più solo nel Mezzogiorno d'Italia? E il contrasto a questo potere autoritario e paternalista non dovrebbe essere proprio quel progetto costituzionale di integrazione e sviluppo sociale fondato sui diritti di tutti e in modo particolare dei più deboli e derelitti, quelli che spesso finiscono per fare le braccia e la carne da macello delle organizzazioni criminali? Non è in quest'altro modo che si contrasta il condizionamento e il consenso della criminalità organizzata in interi territori e dentro il sistema economico, gli apparati e le funzioni pubbliche?

Nessuna di queste domande, evidentemente retoriche, intende mettere in discussione la necessità di un intervento penale, dissuasivo e punitivo, dei grandi e gravi delitti commessi dalle organizzazioni criminali, ma – come ci ricordava all'indomani della sentenza della Corte europea dei diritti umani Emanuele Macaluso – credere che la mafia si sconfigga così, con la bandiera della repressione e l'esibizione dei condannati a vita, è un immiserimento di una lunga storia di mobilitazione civile che ha segnato tanta parte del

Mezzogiorno d'Italia, dalla occupazione delle terre al riscatto dei beni illeciti, su cui spero che il movimento antimafia voglia cominciare a interrogarsi.

Rassegna stampa

La speranza dietro le sbarre

L'incontro Ergastolo ostativo e il suo superamento: istituzioni a confronto ieri al San Domenico. Siglata una convenzione Unicas, carcere e magistrati dalla stessa parte: lo studio come riabilitazione e reinserimento. Ma non tutti sono d'accordo

LA GIORNATA

CARMELA DI DOMENICO

■ Ergastolo ostativo, criticità e superamento: Cassino diventa il centro di un dibattito di respiro internazionale. E lo fa con relatori d'eccezione, all'interno della struttura detentiva di via Sferacavalli perché, come sottolineato dall'avvocato Sarah Griceco - coordinatrice dei diversi progetti in carcere e moderatrice dell'evento insieme al dottor Salvatore Scalerà, presidente dell'Ann della sezione di Cassino - «non potevamo scegliere luogo più adatto per parlare di carcere e diritti». La presenza dei detenuti già iscritti ai corsi ne è stata la conferma. Corsi che ora, con la convenzione firmata al termine dell'importante confronto tra istituzioni - a siglarla l'Unicas, rappresentata dal rettore Giovanni Betta; il carcere di Cassino, con il direttore Francesco Cocchi; il professor Stefano Anastasia, garante delle persone sottoposte a misure restrittive; l'Ann di Cassino con il presidente Scalerà e il Consiglio dell'Ordine, con il presidente Gianluca Giannicchedda - permetteranno di coinvolgere un numero sempre maggiore di studenti detenuti attraverso seminari e cicli unici. Potendo contare anche su una serie di provvedimenti, come l'esenzione dalla tasse universitarie. Otto punti essenziali, quelli contemplati nella convenzione qua-



La sigla dell'importante convenzione tra Unicas, carcere, Anni (sezione locale) e Ordine degli avvocati di Cassino dopo l'importante convegno che si è tenuto ieri mattina

dro, che hanno il sapore della possibilità: un'opportunità per i detenuti di poter concretizzare la tanto invocata funzione rieducativa della pena.

«Se la formazione è un'opportunità di riabilitazione e di reinserimento - ha sottolineato Sarah Griceco - quale argomento migliore da affrontare se non l'ergastolo ostativo che nega il diritto alla speranza? Ricordiamoci che ci sono molti detenuti per reati ostativi anche all'interno del nostro

carcere: nella sezione dei sex offender, ad esempio». È proprio questo il punto di partenza dell'importante convegno in cui si sono susseguiti gli interventi del professor Andrea Pugiotto, professore di Diritto costituzionale dell'Università di Ferrara; del professore di Procedura penale dell'Unicas, Giuseppe Della Monica; del procuratore nazionale antimafia, Cafero De Raho e del professor Nicolò Zanon, giudice della Corte costituzionale.

Le legge e i dubbi

Per ergastolo ostativo, lo ricordiamo, si intende il "fine pena mai". Ciò non l'ergastolo, che pure può contare su alcuni benefici previsti dalla legge. Un ergastolo, quello ostativo, che non concede nulla e che viene solitamente inflitto a soggetti pericolosi e per taluni delitti tra cui l'associazione mafiosa. Affrontando il noto caso di Marcello Viola, l'Italia tutta si è trovata a interrogarsi sulla decisione dei giudici di Strasburgo che

hanno "bocciato la legge italiana" laddove bypassa il diritto del condannato a non essere sottoposto a trattamenti inumani. Cardine dell'intenso confronto di ieri, che ha rapito i numerosi presenti - gli studenti e i detenuti, l'intera amministrazione penitenziaria, i magistrati di Cassino, il procuratore D'Emmanuele, il presidente del Tribunale Capurso, le forze dell'ordine e i vertici politici con il presidente del consiglio regionale Mauro Buschini - la possibilità reale di riabilitarsi.

Le posizioni

«Chi è mafioso resta mafioso» afferma senza mezzi termini il procuratore nazionale antimafia De Raho, dopo aver ricordato la passione, gli studi e l'impegno sul campo insieme al dottor D'Emmanuele, procuratore di Cassino. Ad affrontare il tema da un altro punto di vista, invece, è stato il giudice della Corte costituzionale Zanon: «Bisogna guardate alla politica criminale, valutare - oltre l'aspetto giuridico - anche il rapporto tra la storia penitenziaria di ogni singolo detenuto e il territorio in cui viene applicata la legge; è il contesto. Un aspetto che impone di valutare anche la natura sociologico-culturale: può essere giusto aiutare chi collabora ma non gravare su chi non lo fa». Il nodo fondamentale resta solo uno: la collaborazione è davvero il sintomo della fine dei rapporti mafiosi? E chi si pente, poi, riesce davvero a reinserirsi nella società senza danneggiarla?

Critica l'analisi del professor Pugiotto, che ha di fatto snocciolato la sentenza sottolineando, invece, l'importanza del corretto intervento della stampa.

Aspetto non secondario nel corso di un convegno che si è rivelato un vero dialogo tra istituzioni, gli ambiti di applicazione dei benefici di legge - preambolo necessario per arrivare a parlare del 4 bis - come sottolineato dal professor Della Monica: il rischio è trovarsi a dover fare i conti con un contenitore eterogeneo che non offre risposte del tutto e sempre adeguate. ●



Riproduzione autorizzata dal quotidiano: "Ciociaria - Editoriale oggi".

Am - Unicas - Garante dei detenuti / Convegno in carcere sull'ergastolo ostativo



«Non creiamo allarmismo sui permessi premio ai mafiosi»

DA SX, SALVATORE SCALERA, SARAH GRIECO, STEFANO ANASTASIA, FRANCESCO COCCO, LUCIANO D'EMMANUELE, CAFIERO DE RAHO, NICOLO ZANON, GIUSEPPE DELLA MONICA E, PIU' IN BASSO, ANDREA PUGIOTTO

Il commento dell'avvocato Sarah Grieco



«È STATO UN INCONTRO A CUI CAPITA POCHÉ VOLTE DI POTER ASSISTERE E QUESTO GRAZIE ALLO STRAORDINARIO SPESORE DEI RELATORI, CHE GENEROSAMENTE SI SONO PRESTATI AD UN CONFRONTO ONESTO, SU UN TEMA SCOMODO».
E' QUESTO IL COMMENTO A CALDO DELL'AVVOCATO SARAH GRIECO, CHE SI È SPESA OLTREMODDO PER LA REALIZZAZIONE DELL'EVENTO.
«COME UNIVERSITÀ - HA AGGIUNTO LA DOCENTE - CREDO CHE STIAMO SVOLGENDO IL RUOLO ISTITUZIONALE CHE CI COMPETE: DA UN LATO, METTERE IN CONNESSIONE ISTITUZIONI DIVERSE; DALL'ALTRO OFFRIRE FORMAZIONE, E QUINDI SPERANZA, ANCHE IN REALTÀ COME QUELLE CARCERARIE».

RITA CACCIAMI
Cassino

Non è stato solo un prezioso confronto tra addetti ai lavori in materia di diritto costituzionale e procedura penale. L'affollatissimo convegno dal titolo "Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?" che ieri mattina ha fatto varcare i cancelli del carcere San Domenico di Cassino ad una folla di docenti universitari, magistrati, avvocati e operatori del settore penitenziario, tra cui il Garante dei diritti dei detenuti Stefano Anastasia, oltre a tutti i vertici provinciali delle forze dell'ordine, del tribunale e della procura di Cassino, al Vescovo Mons. Antonazzo, al presidente del consiglio regionale Buschini, al consigliere regionale Cacciarielli e al presidente del consiglio comunale Di Rollo. L'evento, infatti, ha permesso alla folto platea di ascoltare le puntualizzazioni in merito alla recente sentenza della Corte Costituzionale. Con la presenza, al tavolo dei relatori, dello stesso estensore del pronunciamento, ossia il Giudice Nicola Zanon. Ad aprire i lavori, dopo il saluto del direttore della Casa Circondariale, Francesco Cocco, l'avvocato Sarah

Grieco, che con l'Università di Cassino e del Lazio meridionale e in qualità di delegato del rettore per il polo universitario penitenziario, all'interno del carcere si è fatta promotrice dell'apertura dello Sportello dei diritti del detenuto e di ulteriori attività di servizio cui collaborano gli studenti. A queste attività si unirono a breve, grazie alla convenzione siglata ieri dal Rettore Giovanni Betta con l'Associazione Nazionale Magistrati, sottoscrizione di Cassino presieduta dal giudice Salvatore Scalera e Ordine degli avvocati presieduta da Gianluca Giannichedda, ulteriori attività formative, in nome di un diritto allo studio che è principio di garanzia dell'azione rieducativa del carcere. Non sono pochi, infatti, i detenuti di Cassino prossimi alla laurea. Una formazione a tutto campo, dunque, che come hanno ricordato sia Scalera che Grieco - vede operativi i magistrati e gli avvocati, insieme al corpo docente Unicas. «Qui a Cassino - ha aggiunto il rettore Betta - siamo anche andati oltre il diritto allo studio - aprendo al recupero e alla costruzione di un futuro che va oltre la detenzione». Sul tema specifico, ossia la sentenza sull'ergastolo ostativo è entrato Andrea Pugiotta, professore di diritto costituzionale all'Università di Ferrara. Pugiotta ha parlato diffusamente della sentenza n.253/2019 emessa

dalla Corte Costituzionale e fatta oggetto, come lui stesso ha dichiarato «di una contraerea giornalistica, tanto da arrivare a criticarla senza prima conoscerla. Tante le differenze tra chi ha commesso stragi o conflitti a fuoco, chi dirige una cosca, chi rinnega i familiari collaboratori. Il reo non collaborante che ottiene un permesso dovrà rigare dritto, altrimenti tornerà alla condizione progressa». A più riprese, dunque, è stato sottolineato che qui non si tratta di "regalare" permessi né «creare allarmismo, perché questa sentenza non smantella il meccanismo premiale e non scalfisce il regime del 41 bis. Anzi, è proprio la possibilità "di assaggiare la libertà" che potrebbe spingere il detenuto a collaborare». Dunque, non c'è nessuna deriva preoccupante - si è sottolineato - dopo la sentenza che giudica in costituzionale negare permessi premio ai mafiosi, anche se non collaborano. L'importante è che non abbiano più legami con l'associazione criminale e che abbiano scontato almeno una parte della pena in modo proficuo. A Pugiotta ha fatto seguito l'intervento del professore di procedura penale all'Unicas, Giuseppe Della Monica, che ha sollevato più di qualche quesito tecnico e specifico all'indirizzo del giudice Zanon, che tuttavia al momento di intervenire ha sottolineato di essere in una posizione delicata, che gli impedisce di replicare. Come su quel «qual è il senso, sul piano della coerenza, di reati non considerati ostativi?» avanzato da Della Monica.

UNICAS - L'ANNUNCIO

Il Ministro del Miur Manfredi inaugurerà l'anno accademico

Il Ministro dell'Università e della Ricerca Gaetano Manfredi parteciperà all'inaugurazione dell'anno accademico 2019-2020 presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale. La cerimonia si terrà venerdì 7 febbraio nell'aula magna del campus Folcaro. L'annuncio, ieri pomeriggio a cura dell'ufficio comunicazione del rettore Giovanni Betta, che alla richiesta di un commento ha dichiarato: «Sono davvero molto lieto che il ministro, pur negli impegni pressanti di queste prime settimane, abbia voluto con la sua presenza ribadire la vicinanza del ministero, del governo ad Unicas». Una presenza, quella di Manfredi, già Rettore dell'Università di Napoli Federico II e Presidente della Conferenza dei Rettori delle Università Italiane, che darà ulteriore lustro all'evento.



Riproduzione autorizzata dal quotidiano: "L'inchiesta".

L'ergastolo ostativo è un tema particolarmente critico, per il quale il principio costituzionale della risocializzazione della pena deve confrontarsi con la dura e serrata lotta alla criminalità organizzata e alle mafie.

Con la sentenza n. 253 del 2019 — che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. pen., nella parte in cui non prevede la possibilità di concedere permessi premio ai condannati per i delitti ostativi in mancanza della collaborazione con la giustizia — la Corte costituzionale ha aperto un varco verso il superamento di automatismi legislativi reputati irragionevoli.

La pronuncia, che ha posto più questioni di quante ne abbia dette espressamente, ha offerto l'opportunità per un importante Convegno, tenutosi presso la Casa circondariale di Cassino, lo scorso 20 gennaio 2020. I relatori d'eccezione presenti hanno dato vita, generosamente, ad un confronto onesto che ha consentito di rendere al meglio le distinte, e spesso distanti, posizioni sull'argomento.

L'attualità dell'argomento è testimoniata anche dalla recentissima questione di costituzionalità sollevata dalla prima sezione penale della Corte di cassazione — con ordinanza n. 18518/20 depositata il 18 giugno 2020 — e attende ulteriori e prevedibili sviluppi.