



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2019 FASC. III

(ESTRATTO)

SILVIA TALINI

**PRESUNZIONI ASSOLUTE E ASSENZA DI CONDOTTA COLLABORATIVA:
UNA NUOVA SENTENZA ADDITIVA AD EFFETTO SOSTITUTIVO
DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

18 DICEMBRE 2019

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Silvia Talini

**Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa:
una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale**

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 253 del 2019 nel più ampio contesto della giurisprudenza costituzionale in materia di valorizzazione del finalismo rieducativo - 2. Una manipolazione additiva ad effetto sostitutivo dal complesso *iter* argomentativo - 2.1. I rigidi confini dell'accoglimento - 2.2. L'illegittimità costituzionale dell'insuperabile equivalenza tra assenza di condotta collaborativa e presunzione di pericolosità sociale del condannato - 2.3. La necessità di un onere probatorio "rafforzato" - 3. L'incidenza di contrapposte "pressioni" esterne nell'accoglimento della questione di costituzionalità. Riflessioni conclusive

1. La sentenza n. 253 del 2019 nel più ampio contesto della giurisprudenza costituzionale in materia di valorizzazione del finalismo rieducativo

Con la [sentenza n. 253 del 2019](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-bis, comma 1, dell'ordinamento penitenziario¹ (di seguito o.p.) nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di associazione mafiosa² e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di una collaborazione con la giustizia (art. 58-ter o.p.), allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti³.

Gli stessi giudici costituzionali hanno altresì dichiarato, in via consequenziale, l'illegittimità del medesimo articolo nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli oggetto delle ordinanze di remissione, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di una collaborazione con la giustizia, di nuovo «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»⁴.

Norma censurata è, dunque, il primo comma dell'art. 4-bis o.p. che pone, in riferimento ad eterogenee fattispecie di reato, un divieto assoluto di assegnazione al lavoro all'esterno, di concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI

¹ Legge n. 354 del 26 luglio 1975 ("Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà").

² Art. 416-bis c.p.

³ Giudici *a quibus* sono la Corte di Cassazione (r.o. n. 59 del 2019), chiamata a decidere sulla concessione del permesso premio su richiesta di un detenuto condannato per aver agevolato l'attività di alcune associazioni mafiose e il Tribunale di sorveglianza di Perugia (r.o. n. 135 del 2019), investito da analoga richiesta da parte di un soggetto condannato per aver commesso sia delitti di "contesto mafioso" sia delitti di criminalità organizzata.

Entrambi i rimettenti sollevano questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione.

⁴ Tale scelta, assai condivisibile, trova giustificazione nella complessa formulazione dell'art. 4-bis, 1 comma, o.p. che, a seguito di ripetuti interventi di riforma, ha visto un progressivo ampliarsi dei suoi confini applicativi sino ad estendersi anche a reati non necessariamente connessi alla criminalità organizzata o aventi natura mono-soggettiva (prostituzione e pornografia, violenza sessuale, favoreggiamento all'immigrazione clandestina, delitti contro la pubblica amministrazione etc.). In questo contesto, afferma la Corte «l'intervento parzialmente ablatorio realizzato sui reati di criminalità organizzata di matrice mafiosa deve riflettersi sulle condizioni predisposte dal primo comma della norma censurata, in vista dell'accesso al permesso premio dei condannati per tutti gli altri reati di cui all'elenco. Se così non fosse, deriverebbe dalla presente sentenza la creazione di una paradossale disparità, a tutto danno dei detenuti per reati rispetto ai quali possono essere privi di giustificazione 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». Tale mancata estensione, concludono i giudici, «finirebbe per compromettere la stessa coerenza intrinseca dell'intera disciplina di risulta» (Punto 12 *Considerato in diritto*).

dell'ordinamento penitenziario (esclusa la liberazione anticipata), ai detenuti che non abbiano collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordinamento.

È noto come la formulazione della disposizione rappresenti la più vivida espressione di quella legislazione speciale che, a partire dall'inizio degli anni '90, fu approvata al fine di rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata sul territorio nazionale⁵ mediante la previsione di un articolato sistema di preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative, segnando così una decisa inversione di tendenza rispetto allo spirito della grande riforma penitenziaria del 1975 – espressione dei principi costituzionali di umanità e finalismo rieducativo delle pene (art. 27, terzo comma, Cost.) – e alle novità introdotte dalla l. n. 663 del 1986 (c.d. legge Gozzini)⁶.

La [sentenza n. 253](#), deliberata il 23 ottobre 2019, interviene su tale complesso quadro normativo, affermando esplicitamente che l'assenza di una condotta collaborativa con la giustizia non possa precludere, in senso assoluto, la possibilità per il giudice della sorveglianza di concedere ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis, comma 1, o.p. i permessi premio disciplinati dall'art. 30-ter dello stesso ordinamento⁷.

⁵ La stessa Corte costituzionale lo ricorda più volte (v. punto 7.1. *Considerato in diritto*).

⁶ Ai fini della presente indagine basti ricordare che la disciplina dei permessi premio, contenuta nell'art. 30-ter o.p., venne introdotta proprio dalla legge n. 663 del 1986. Tra le altre novità apportate all'impianto originario del '75 anche l'estensione dell'applicabilità del regime di affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.), la previsione di particolari forme di affidamento per tossicodipendenti e alcolodipendenti nonché l'inserimento dell'istituto della detenzione domiciliare (art. 47-ter o.p.). Per altro verso occorre altresì precisare che la stessa legge contiene previsioni fortemente restrittive come l'introduzione dell'art. 41-bis o.p. (primo comma) e del regime di sorveglianza particolare (artt. 14-bis, 14-ter, 14-quater o.p.).

Per una riflessione generale su tale intervento di riforma v. A. MARGARA, *Per Mario Gozzini, Il carcere utile: il senso di un impegno*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 1999, 117-126; T. BASILE - T. FASSONE - T. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria. Commento teorico pratico alla l. 663/1986*, Napoli, 1987.

⁷ In relazione ai presupposti applicativi dei permessi premio l'art. 30-ter o.p. prevede che «ai condannati che hanno tenuto regolare (...) e che non risultano socialmente pericolose, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione».

La giurisprudenza costituzionale ha più volte valorizzato il legame dei permessi premio con il programma rieducativo, affermando che l'istituto rappresenta «un incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria» e, allo stesso tempo, «uno strumento di rieducazione, consentendo un iniziale reinserimento del condannato in società, essendo quindi parte integrante del trattamento rieducativo» ([Corte cost., sent. n. 118/1990](#)). In altra sentenza la Corte ha altresì specificato che i permessi premio rappresentano uno «strumento (...) spesso insostituibile per evitare che la detenzione impedisca del tutto di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro», volti a «perseguire efficacemente quel progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa» ([Corte cost., sent. n. 403 del 1997](#)).

Anche il Ministero della Giustizia è più volte intervenuto in materia di permessi premio specificando la necessità, ai fini della loro concessione, della sussistenza di entrambi i presupposti applicativi in quanto una «regolare condotta non può di per sé implicare l'assenza di particolare pericolosità sociale. Vi possono essere detenuti che, pur mantenendo una condotta formalmente regolare, sono tuttavia da considerare particolarmente pericolosi» (circolare n. 3191/5641 del 29 dicembre 1986). Con la successiva circolare n. 3246/5696 del 30 maggio 1988, il Ministero specifica altresì che per verificare la sussistenza del requisito della «regolare condotta» si deve aver riguardo al complesso degli elementi sulla base dei quali il detenuto possa essere concretamente e ragionevolmente ritenuto meritevole di grande fiducia in ragione del suo positivo ed apprezzabile comportamento di lealtà. La circolare definisce con precisione anche il secondo requisito riguardante la pericolosità: questa si desume «dal timore che il detenuto, se ammesso ad uscire, non rientri in istituto alla scadenza del permesso, possa commettere nuovi reati o mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza, ovvero possa fungere da tramite fra i detenuti e gli ambienti esterni. Al fine di assolvere a questo delicato compito il direttore deve sempre tenere in considerazione l'atteggiamento processuale e penitenziario del soggetto, la gravità dei reati commessi, il tempo trascorso della consumazione del delitto, l'eventuale clamore mediatico, il periodo di detenzione sofferta e l'esistenza o meno di collegamenti con associazioni criminali».

Ulteriori indicazioni, contenute nella stessa circolare, riguardano l'attenzione che deve essere posta per eventuali allarmi sociali che potrebbero derivare dalla concessione del permesso all'esterno nonché il doveroso rispetto per le vittime del delitto e per i suoi parenti e familiari.

Con l'adozione di tale decisione i giudici costituzionali proseguono lungo la strada tracciata da quegli approdi giurisprudenziali in materia di privazione della libertà personale – ampiamente richiamati nel testo della sentenza e su cui si tornerà a breve – tesi alla trasformazione delle presunzioni legislative da assolute a relative, sì da consentire una piena valorizzazione degli elementi specifici del caso concreto mediante una valutazione casistica operata dal giudice secondo i principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza⁸.

Ma la [sentenza n. 253 del 2019](#) si pone in linea di continuità anche con un'altra recente pronuncia della Corte costituzionale: [la n. 149 dell'11 luglio del 2018](#). Come ampiamente ricordato in dottrina⁹, tale decisione ha rappresentato un'audace evoluzione giurisprudenziale in materia di pena perpetua avendo la Corte dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 58-*quater*, comma 4, o.p., nella parte in cui prevedeva, nei confronti dei condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o di eversione che avessero cagionato la morte del sequestrato (entrambi inseriti nella "prima fascia" dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p.), una soglia temporale dei due terzi di pena o dei ventisei anni nel caso di ergastolo, non riducibile per effetto della liberazione anticipata.

Non essendo questa la sede per entrare nel merito della questione basti ricordare, ai fini della presente indagine, come già in quell'occasione la Corte costituzionale avesse osservato che la «personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società»¹⁰.

Sono riflessioni che hanno assunto un'indubbia centralità nel ribadire, anche in riferimento alla commissione di delitti qualificati dall'ordinamento come particolarmente "odiosi", che il finalismo rieducativo – in esecuzione di un preciso obbligo costituzionale¹¹ – deve necessariamente tradursi

⁸ Si ricorda, in proposito, quanto affermato da autorevole dottrina riguardo all'automatica esclusione dei condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p. dall'applicazione della liberazione anticipata speciale introdotta, con efficacia biennale, dal d.l. n. 146 del 2013: si tratta di una scelta che solleva forti dubbi di legittimità costituzionale in riferimento alla perdurante volontà legislativa di introdurre «automatismi carcerari e presunzioni assolute sulla necessità della misura detentiva legate al titolo di reato. Si tratta di scelte la cui costituzionalità ben si può dubitare, anche alla luce di molteplici decisioni della Corte costituzionale che hanno indotto (...) a rilevare una sorta di presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi» (M. RUOTOLO, *Automatismi e preclusioni nel nuovo istituto della liberazione speciale*, in ID. (a cura di), *Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della corte EDU*, Napoli, 2014, 169).

⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), fasc. 3/2018, 19 novembre 2018, 405-416; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 18 luglio 2018; A. GALLUCCIO, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Quest. giust.*, 16 luglio 2018. Sia consentito altresì un rinvio a S. TALINI, [La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo \(a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018\)](#), in questa *Rivista*, [Studi 2018/III](#), 504-510.

¹⁰ La fissità della soglia, precisa la Corte, delinea un'irragionevole differenziazione non solo in riferimento alla generalità dei detenuti, ma anche riguardo ai condannati per uno dei delitti inseriti nella prima fascia dell'art. 4-*bis* o.p., per i quali la concessione dei benefici penitenziari è subordinata alla collaborazione con la giustizia. La previsione di una soglia indifferenziata si pone, inoltre, in contrasto con il finalismo rieducativo di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost., impedendo la necessaria «progressività trattamentale e flessibilità della pena» (su cui anche le precedenti [sentt. nn. 255 e 257 del 2006](#); [445 del 1997](#) e [504 del 1995](#)).

¹¹ Il riferimento è, naturalmente, al già richiamato articolo 27, terzo comma, Cost. a norma del quale: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

nella garanzia di una pena flessibile, le cui modulazioni devono essere affidate a valutazioni casistiche operate dal giudice in accordo al percorso rieducativo intrapreso dal condannato singolarmente considerato. Sul punto, tenendo a mente anche le considerazioni in precedenza espresse in materia di automatismi legislativi, si è avuto modo di affermare come l'art. 27, terzo comma, Cost. rivolgendo il finalismo rieducativo al "condannato" (come singolo) e non ai "condannati" (come popolazione detenuta), sembra consacrare l'illegittimità di formulazioni normative fondate – come quella censurata nella [sentenza n. 253 del 2019](#) (e [n. 149 del 2018](#)) – su granitici meccanismi presuntivi che guardano esclusivamente al reato commesso e non anche alla mutevolezza di ogni persona (e del contesto di provenienza) nel corso dell'esecuzione penale¹².

2. Una manipolazione additiva ad effetto sostitutivo dal complesso iter argomentativo

2.1. I rigidi confini dell'accoglimento

Di là da queste preliminari riflessioni, volte a inserire la pronuncia nella più ampia dimensione della giurisprudenza costituzionale, la decisione adottata dalla Corte costituzionale lo scorso 23 ottobre pone all'attenzione degli operatori del diritto diverse questioni.

In primo luogo la Corte, in un momento antecedente all'esame nel merito delle questioni di costituzionalità, pone due premesse chiaramente volte a delimitare, entro ristretti confini, il perimetro dell'accoglimento. I giudici specificano che le ordinanze di remissione dei giudici *a quibus* «non riguardano la legittimità costituzionale della disciplina relativa al cosiddetto ergastolo ostativo»¹³ avendo unicamente ad oggetto il meccanismo della collaborazione con la giustizia; le questioni riguardano cioè «l'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., in quanto recante una disciplina da applicarsi a tutti i condannati, a pena perpetua o temporanea, per i reati di partecipazione ad associazione mafiosa e di "contesto mafioso". Per tutti costoro, infatti, la disposizione censurata dai rimettenti richiede la collaborazione con la giustizia quale condizione per l'accesso alla valutazione, in concreto, circa la concedibilità dei benefici penitenziari»¹⁴.

Si tratta di una premessa posta al dichiarato fine di differenziare la questione da quella oggetto della recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito Corte EDU) nel caso *Viola c. Italia*¹⁵ in cui, come noto, i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU¹⁶, in ragione dell'impossibilità assoluta per i detenuti sottoposti al c.d. ergastolo ostativo, che non abbiano collaborato con la giustizia, di accedere ai benefici penitenziari, anche a seguito di un proficuo e documentato percorso rieducativo.

¹² Il rinvio è alla riflessione compiuta in occasione del commento alla [sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2018](#) in S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare"*, op. cit., 510.

¹³ Punto 5.3. *Considerato in diritto*.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Decisione adottata dalla Prima sezione della Corte Edu il 13 giugno del 2019 (ric. n. 77633/16) su cui il Governo italiano aveva chiesto un riesame alla Grande Camera rigettato il 9 ottobre 2019: i diciassette giudici del Collegio non hanno riconosciuto, nel caso in esame, un principio che abbia un carattere di novità per tutti i quarantasette Paesi del Consiglio d'Europa affermando, inoltre, che il rifiuto dell'ergastolo ostativo è un principio su cui la Corte EDU ha avuto più volte modo di pronunciarsi. Sulla sentenza *Viola c. Italia*, anche in riferimento alle possibili ripercussioni sulle questioni di costituzionalità decise dalla Corte costituzionale con la [sent. n. 253 del 2019](#), si vedano le autorevoli riflessioni compiute da Francesco Palazzo e Vladimiro Zagrebelsky in occasione dell'*Amicus curiae* di Ferrara il cui seminario preventivo, del 27 settembre 2019, è stato dedicato al tema dell'ergastolo ostativo. Le relazioni sono entrambe pubblicate nel sito di [Amicuscuriae](#).

¹⁶ L'art. 3 della Convenzione EDU pone a carico degli Stati firmatari l'inderogabile divieto di tortura e di altri trattamenti inumani o degradanti.

È il caso di ricordare che, prendendo le mosse dal caso Viola, in dottrina si è parlato dell'esistenza di un vero e proprio "diritto alla speranza" spettante a ogni condannato¹⁷. Ponendosi nella direzione aperta da tali autorevoli posizioni, preme qui aggiungere una considerazione già espressa in altra sede: «se la possibilità di reinserirsi nel consesso sociale assume la fisionomia di un diritto inviolabile di ogni ristretto, tale posizione sembra possedere una forza propulsiva anche maggiore di quella espressa dal termine speranza che, secondo l'originaria accezione latina, indica un comportamento passivo che si concretizza nel "sentimento di aspettazione fiduciosa nella realizzazione, presente o futura, di quanto si desidera" (Enciclopedia Treccani). In altri termini, la possibilità di un concreto reinserimento nella società tramite un percorso realmente individualizzato, si configura come una posizione inviolabile, di cui ogni condannato – anche per il tramite dell'art. 3 Cedu – ha il diritto di esigere attivamente l'effettiva garanzia, a prescindere dal reato che ha determinato il suo ingresso all'interno delle mura penitenziarie»¹⁸.

La Corte costituzionale, sul punto, precisa che la questione risolta con la [sentenza n. 253 del 2019](#) non ha ad oggetto la medesima disciplina relativa all'ergastolo ostativo, in quanto i rimettenti non hanno censurato – insieme all'art. 4-bis, comma 1, o.p. – anche la previsione che «non consente di concedere la liberazione condizionale al condannato all'ergastolo che non collabora con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni effettivi di carcere, così trasformando la pena perpetua de iure in una pena perpetua anche de facto»¹⁹. Le questioni sottoposte all'attenzione della Corte attengono, dunque, «non alla condizione di chi ha subito una condanna a una determinata pena, bensì a quella di colui che ha subito condanna (all'ergastolo, in entrambi i giudizi a quibus) per reati cosiddetti ostativi, in specie i delitti di associazione di tipo mafioso (...), e quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste».

Accanto a tale precisazione, i giudici costituzionali pongono un'ulteriore premessa: la questione decisa con la [sentenza n. 253](#) riguarda unicamente la possibilità per il giudice della sorveglianza di valutare la concessione dei permessi premio con esclusione, dunque, di qualsiasi riferimento ad altri benefici previsti dalla normativa penitenziaria²⁰.

2.2. *L'illegittimità costituzionale dell'insuperabile equivalenza tra assenza di condotta collaborativa e presunzione di pericolosità sociale del condannato*

Così delimitati i confini della pronuncia, la Corte entra nel merito delle questioni sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Perugia: riferendosi alla posizione del condannato sia per la partecipazione all'associazione mafiosa, sia per i reati di c.d. "contesto mafioso", la decisione su di esse assorbe – come dichiarato espressamente in seguito²¹ – anche le questioni sollevate dalla Corte di Cassazione esclusivamente in riferimento al condannato per questi ultimi delitti.

Ripercorsa l'evoluzione normativa dell'art. 4-bis o.p. – sino all'attuale formulazione che esige (al primo comma) la collaborazione con la giustizia ai fini della concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative – la Corte specifica che l'odierna disciplina poggia su una «presunzione legislativa assoluta che la commissione di determinati delitti dimostri l'appartenenza dell'autore alla criminalità organizzata, o il suo collegamento con la stessa, e costituisca, quindi, un indice di

¹⁷ In proposito v. il recente volume AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019.

¹⁸ Sono considerazioni recentemente espresse a conclusione di S. TALINI, *Viola c. Italia: una decisione dai controversi effetti nell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019 (in corso di pubblicazione).

¹⁹ Punto 5.2. *Considerato in diritto*. La Corte fa riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 2, comma 2, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 ("Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa"), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, nella parte in cui richiama l'art. 176 c.p.

²⁰ Punto 5.3. *Considerato in diritto*.

²¹ Punto 8.3. *Considerato in diritto*.

pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione del condannato ai benefici penitenziari extramurari»²². In questo contesto, la scelta di collaborare con la giustizia, assumendo una centrale valenza “rescissoria” del legame con il sodalizio criminale, appare la sola condotta idonea a rimuovere l'ostatività; al contrario, afferma la Corte «la mancata collaborazione (...) fonda la presunzione assoluta che i collegamenti con l'organizzazione criminale siano mantenuti ed attuali, ricavandosene la permanente pericolosità del condannato, con conseguente inaccessibilità ai benefici penitenziari».

Ed è questa presunzione assoluta che i giudici costituzionali dichiarano illegittima in ragione di tre profili che la stessa Corte definisce «distinti ma complementari»²³.

In particolare l'assolutezza della presunzione:

1) incide sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione penale con conseguenze maggiormente afflittive poste a carico del detenuto non collaborante in virtù di esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva;

2) impedisce di valutare il singolo percorso detentivo del condannato, in contrasto con la finalità rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale (art. 27, terzo comma, Cost.);

3) poggia le sue fondamenta su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta «a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza».

La Corte, dunque, pone in luce due profili della norma censurata direttamente incidenti sulla vita penitenziaria (punti 1 e 2); il terzo profilo, diverso ma complementare, si risolve invece in una compressione assoluta dei poteri della magistratura di sorveglianza alla quale viene espressamente sottratto il compito di valutare, secondo le caratteristiche del caso concreto, la possibilità di concedere il permesso premio (punto 3).

Più nel dettaglio i giudici costituzionali, prendendo le mosse dai primi due profili, sembrano affermare che la disciplina di cui all'art. 4-bis, 1 comma, o.p. delinea uno speciale sistema di “premi e punizioni” il cui ago della bilancia è rappresentato dalla condotta di cui all'art. 58-ter o.p. Nell'ipotesi di collaborazione con la giustizia, i condannati per i reati elencati nella disposizione censurata possono accedere ai benefici penitenziari in una posizione di favore, senza cioè che sia necessario scontare – preventivamente – le frazioni di pena ordinariamente previste per l'ammissione ai benefici²⁴; viceversa, qualora la condotta collaborativa non vi sia, è precluso in senso assoluto al condannato l'accesso alle misure premiali, anche a seguito dell'espiazione delle frazioni di pena richieste quale ordinario presupposto per l'ammissione.

La Corte dichiara tale assetto normativo costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., unicamente in riferimento al profilo afflittivo: se infatti, il «valore “premiante” della collaborazione (...) si giustifica sia considerando che essa è ragionevole indice del presumibile abbandono dell'originario sodalizio criminale, sia in virtù della determinante utilità che ha mostrato sul piano del contrasto alle organizzazioni mafiose»; per altro verso l'assenza di collaborazione «non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena» da cui derivano «ulteriori conseguenze negative, che non hanno diretta connessione con il reato commesso», così operando «una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare (...) che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto»²⁵.

²² Punto 7.1. *Considerato in diritto*.

²³ Punto 8 *Considerato in diritto*.

²⁴ Le condizioni per accedere ai permessi premio sono elencate nel quarto comma dell'art. 30-ter o.p.

Sul punto la Corte richiama la soluzione interpretativa individuata nelle sue precedenti [sentenze nn. 174 del 2018](#) e [504 del 1995](#), nonché la giurisprudenza di legittimità (Corte Cass., sez. I pen., sentt. 3 febbraio 2016, n. 37578 e 12 luglio 2006, n. 30434).

²⁵ Punto 8.1. *Considerato in diritto*.

Come si evince anche dalla titolazione del comunicato stampa che ha accompagnato il deposito della sentenza²⁶ è in questa sostanziale distinzione che la Corte costituzionale individua un primo chiaro confine tra legittimità e illegittimità della norma censurata: legittimo è prevedere che dalla collaborazione con la giustizia possa discendere un'agevolazione per il condannato; illegittimo, al contrario, è prevedere che dall'assenza della condotta collaborativa derivi una punizione per la persona condannata posta sotto forma di un radicale aggravamento delle modalità di esecuzione della pena.

Così individuato il primo profilo di illegittimità costituzionale della norma censurata, la Corte dichiara la non conformità a Costituzione della presunzione assoluta in esso contenuta: l'assenza di una condotta collaborativa impedisce al magistrato qualsiasi valutazione in concreto della condizione del detenuto, determinando «l'inammissibilità in limine della richiesta del permesso premio [e questo] può arrestare sul nascere il percorso risocializzante, frustrando la stessa volontà del detenuto di progredire su quella strada», ponendosi in contrasto con i principi di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.

A sostegno della dichiarazione di incostituzionalità la Corte richiama la sua precedente giurisprudenza. Come anticipato, in diverse occasioni i giudici costituzionali hanno avuto modo di affermare 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*; l'irragionevolezza si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa²⁷.

²⁶ Il comunicato stampa del 4 dicembre del 2019, che ha accompagnato il deposito della [sentenza n. 253 del 2019](#), è titolato "Reati ostativi e permessi premio: giusto "premiare" il detenuto che collabora, inammissibile "punirlo" ulteriormente per la mancata collaborazione" (il comunicato è pubblicato sul [sito della Corte costituzionale](#)).

²⁷ [Corte cost. sent. n. 268 del 2016](#). In precedenza, [sentt. n. 185 del 2015](#), [n. 232](#), [n. 213](#) e n. [57 del 2013](#), [n. 291](#), [n. 265](#), [n. 139 del 2010](#), [n. 41 del 1999](#) e n. [139 del 1982](#). In argomento si ricorda che la Corte costituzionale ha colpito il meccanismo di cui all'art. 4-bis o.p. anche in riferimento alle preclusioni assolute relative al mantenimento dei rapporti tra detenute madri e figli. Nella [sentenza n. 239 del 2014](#) il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità della preclusione di cui all'art. 4-bis, 1 comma, o.p. nella parte in cui non esclude dal divieto assoluto di concessione la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* o.p.), quale istituto preposto alla tutela del minore a mantenere un rapporto con la figura materna. Tuttavia, specifica la Corte, neanche l'interesse del bambino a fruire in modo continuativo dell'affetto della madre, malgrado il suo elevato rango, «forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore». Come avvenuto in materia di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere, su cui si tornerà a breve, la declaratoria di incostituzionalità non risiede nella mancata possibilità di concedere la misura, ma nel rendere la preclusione assoluta e automatica, impedendo al giudice di far emergere la funzione di garanzia del minore che sottende alla previsione.

Sulla [sentenza n. 239 del 2014](#) cfr. A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018, 216 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord.penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014. In analoga direzione si muove la più recente [sentenza n. 76 del 2017](#) ancora in riferimento alla detenzione domiciliare speciale. Il rimettente dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-bis, o.p., nella parte in cui impediva alle madri condannate per i delitti di cui all'art. 4-bis o.p. l'accesso alle modalità di espiazione della pena ivi previste così vanificando la *ratio* della detenzione domiciliare speciale volta, come specificato nella sentenza n. 239 del 2014, a mantenere vivo il legame tra madri detenute e figli.

La Corte ritiene la questione fondata: «affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni». Nella disposizione censurata il legislatore «ha escluso in assoluto dall'accesso ad un istituto primariamente volto alla salvaguardia del rapporto con il minore in tenera età le madri accomunate dall'aver subito una condanna per taluno dei delitti indicati in una disposizione (l'art. 4-bis o.p.) che contiene, oltretutto, un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità (sentenza n. 32 del 2016)».

Sulla [sentenza n. 76 del 2017](#) cfr. G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 5,

Nel caso deciso con la [sentenza n. 253 del 2019](#), precisa la Corte, «la generalizzazione che fonda la presunzione assoluta consiste in ciò: se il condannato per il delitto di associazione mafiosa e/o per delitti di “contesto mafioso” non collabora con la giustizia, la mancata collaborazione è indice (non superabile se non dalla collaborazione stessa) della circostanza per cui egli non ha spezzato i legami che lo tengono avvinto all’organizzazione criminale di riferimento»²⁸. La norma censurata, in altri termini, determina un’insuperabile equivalenza tra assenza di collaborazione e presunzione di pericolosità sociale del condannato. È in tale granitica corrispondenza che i giudici individuano la violazione del dettato costituzionale: l’illegittimità non risiede nel meccanismo presuntivo in quanto tale ma nel suo carattere assoluto che impedisce all’autorità giudiziaria di valutare la possibilità di concedere il permesso premio tenendo conto delle caratteristiche del caso concreto, delle possibili variazioni del contesto criminale di appartenenza e degli eventuali progressi compiuti dal condannato durante il tempo trascorso in esecuzione intramuraria.

In effetti è proprio il trascorrere del tempo che determina una sostanziale differenza tra la presunzione contenuta nell’art. 4-bis, 1 comma, o.p. e quella prevista nell’art. 275, 3 comma, del codice di rito che pone in capo all’autorità giudiziaria un inderogabile obbligo di applicazione della sola custodia cautelare in carcere in riferimento ai delitti di criminalità organizzata. Tale presunzione assoluta, inserita nella normativa relativa ai criteri di scelta delle misure cautelari, è stata in più occasioni avallata dalla giurisprudenza costituzionale²⁹.

Già nel 1995 il Giudice delle leggi aveva in effetti chiarito che «la delimitazione della norma all’area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (...) rende manifesta la non irragionevolezza dell’esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connotato (...) [non risultando] la predeterminazione in via generale della necessità della cautela più rigorosa (...) in contrasto con il parametro dell’art. 3 della Costituzione»³⁰. Orientamento successivamente confermato dalla stessa Corte nella [sentenza n. 265 del 2010](#): la custodia cautelare è «la misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione criminale di appartenenza»³¹. Ciò che rende adeguata la sola

2017, 321-329; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost.*, 2017, in particolare 737, 738.

²⁸ Punto 8.3. *Considerato in diritto*.

²⁹ In argomento va tuttavia precisato come la giurisprudenza costituzionale abbia progressivamente ridotto i confini di tale assolutezza dichiarando l’illegittimità dell’adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in riferimento agli imputati o indagati di concorso esterno in associazione mafiosa: nei confronti del concorrente esterno non è in effetti ravvisabile quel vincolo di adesione permanente al sodalizio mafioso necessario a legittimare, sul piano giurisdizionale, il ricorso esclusivo alla custodia cautelare in carcere, quale unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell’indiziato con l’ambiente associativo, neutralizzandone la pericolosità ([Corte cost., sent. n. 48 del 2015](#)).

In un momento antecedente gli stessi giudici costituzionali avevano altresì dichiarato l’illegittimità costituzionale della custodia obbligatoria in carcere in riferimento ai reati di c.d. contesto mafioso ([Corte cost., sent. n. 57 del 2013](#)).

Sulla [decisione della Corte costituzionale n. 48 del 2015](#), v. G. LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell’associazione mafiosa*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 30 marzo 2015; in ordine alla [sent. n. 57 del 2013](#) v., dello stesso Autore e nella medesima [Rivista](#), *Illegittima la previsione della custodia “obbligatoria” in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell’associazione di tipo mafioso)*, 7 aprile 2013.

³⁰ [Corte cost., ord. n. 450 del 1995](#).

³¹ Nel medesimo senso anche la più recente [ordinanza n. 136 del 2017](#).

La “tollerabilità” dell’adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in relazione ai reati di associazione mafiosa è stata peraltro confermata anche dalla Corte EDU nella sentenza *Pantano c. Italia* del 6 novembre 2003 (ric. n. 60851/00).

In argomento occorre peraltro ricordare come destino ben diverso abbiano avuto le presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in riferimento alle ipotesi di reato diverse dai delitti di criminalità organizzata. Il riferimento è, naturalmente, alla riforma operata dal pacchetto sicurezza del 2009 che aveva disorganicamente ampliato i confini dell’art. 275, terzo comma, c.p.p. estendendo la presunzione assoluta di obbligatorietà della custodia in carcere a fattispecie ben diverse dai delitti di criminalità organizzata. La giurisprudenza costituzionale, dal 2010 al 2015, ha parzialmente demolito l’impianto delineato dalla riforma del 2009 con una serie di declaratorie di incostituzionalità tese

misura coercitiva più afflittiva, dunque, non è la natura associativa della fattispecie, quanto le richiamate connotazioni criminologiche dei delitti di stampo mafioso. A tali peculiari connotazioni la Corte costituzionale, nella sentenza in commento, aggiunge un ulteriore elemento: la valutazione in ordine alle esigenze cautelari è svolta dall'autorità giudiziaria «quasi nell'immediatezza del fatto o, comunque, in un momento non lontano dalla sua supposta commissione».

È tale prossimità temporale tra l'adozione della cautela e il fatto illecito che legittima la presunzione assoluta; viceversa durante l'esecuzione della pena, assume «ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere, ed è questa situazione che induce a riconoscere carattere relativo alla presunzione di pericolosità posta alla base del divieto di concessione del permesso premio»³².

La Corte, proseguendo nella valorizzazione dell'elemento temporale quale fattore differenziale rispetto alla fase cautelare, afferma altresì che «una valutazione individualizzata e attualizzata non può che estendersi al contesto esterno al carcere, nel quale si prospetti la possibilità di un, sia pur breve e momentaneo, reinserimento dello stesso detenuto, potendosi ipotizzare che l'associazione criminale di originario riferimento, ad esempio, non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione». Dunque, la circostanza che il condannato abbia trascorso un adeguato lasso di tempo in esecuzione penale intramuraria, determina l'esigenza di garantire una valutazione in concreto da parte del magistrato di sorveglianza che possa valorizzare le peculiarità del singolo caso tenendo in considerazione, in riferimento alla concessione di permessi premio, sia i possibili cambiamenti interni (riferiti alla personalità del detenuto), sia esterni (con riguardo alle vicende inerenti all'associazione criminale di appartenenza).

2.3. *La necessità di un onere probatorio “rafforzato”*

Così trasformata la presunzione da assoluta a relativa con una tipologia di sentenza che, in riferimento alle pronunce in materia di custodia cautelare, autorevole dottrina ha definito additiva ad effetto sostitutivo³³, la Corte nell'ultima parte della decisione, specifica al ricorrere di quali condizioni la presunzione di pericolosità sociale – non più assoluta ma relativa – possa dirsi superabile.

In particolare per “vincere” la presunzione, non è sufficiente dimostrare che il detenuto non collaboratore abbia tenuto una regolare condotta nel corso della sua vita intramuraria e abbia proficuamente partecipato all'opera rieducativa, dovendosi altresì acquisire «elementi che escludono 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 (...) al fine di evitare che l'interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4-bis ordin.

a restituire al giudice il potere-dovere di individuare – solo all'esito di una valutazione casistica – la misura più adeguata alle specificità cautelari della fattispecie concreta. La giurisprudenza costituzionale ha dunque trasformato la presunzione di adeguatezza da assoluta a relativa restituendo al giudice il potere di valutare le esigenze cautelari secondo i principi costituzionali di adeguatezza, proporzionalità e “minor sacrificio necessario” della libertà.

Su tale controversa vicenda, anche in riferimento all'uso dell'interpretazione conforme a Costituzione, v. M RUOTOLO, *Interpretare nel segno della Costituzione*, Napoli, 2015, 117 - 158; sia altresì consentito un rinvio, anche in riferimento alla bibliografia richiamata e agli sviluppi della vicenda dopo l'intervento del legislatore del 2015, a S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 159-175.

³² Punto 8.3. *Considerato in diritto*.

³³ M RUOTOLO, *Interpretare*, in riferimento alle richiamate vicende relative al sistema cautelare, l'Autore specifica che «ferma restando la struttura additiva delle decisioni, queste producono un effetto “sostitutivo”, essendo le disposizioni dichiarate incostituzionali in quanto prevedono una presunzione “assoluta” di adeguatezza della custodia cautelare in carcere anziché una presunzione “relativa”, tale da implicare l'obbligo in capo al giudice di valutare, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza, se siano stati acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure» (145-146).

penit., finisca per essere vanificato »³⁴. Tale regime probatorio, che gli stessi giudici costituzionali definiscono «rafforzato», grava esclusivamente sul condannato che richiede l'ammissione al beneficio, avendo l'onere di produrre specifica allegazione in tal senso³⁵.

Ancora con riguardo al superamento della presunzione (relativa), la Corte specifica che, ai fini della concessione, la magistratura di sorveglianza assume la decisione sulla base delle relazioni della pertinente autorità penitenziaria e delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente; a cui si aggiunge, ai sensi del 3 comma 3-bis dello stesso art. 4-bis, o.p., che nessun beneficio può essere concesso quando il Procuratore nazionale antimafia o il Procuratore distrettuale comunica l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

3. L'incidenza di contrapposte "pressioni" esterne nell'accoglimento della questione di costituzionalità. Riflessioni conclusive

Ripercorsa in questi termini la decisione si impongono, a conclusione, alcune riflessioni d'insieme soprattutto in ordine alle due precisazioni che precedono l'esame nel merito da parte della Corte costituzionale. Come ampiamente ricordato, i giudici premettono che le questioni sottoposte alla sua attenzione hanno ad esclusivo oggetto l'istituto dei permessi premio, su cui insiste il meccanismo della collaborazione di cui all'art. 4-bis, 1 comma, o.p non riguardando, al contrario, la legittimità costituzionale della disciplina relativa al c.d. ergastolo ostativo, non avendo i rimettenti censurato anche la previsione che non consente di concedere la liberazione condizionale al condannato all'ergastolo che non collabora con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni effettivi di pena detentiva³⁶.

Si tratta di precisazioni in cui la Corte costituzionale, a parere di chi scrive, lascia trapelare le numerose difficoltà emerse, non solo in ordine all'individuare un assai difficile punto di equilibrio in tema di bilanciamento tra valori costituzionali ma, altresì, nell'adottare una decisione in grado di garantire un'adequata risposta ad istanze (e pressioni) esterne e di segno opposto.

La prima "pressione" assume la fisionomia della Corte EDU: pur non negando la diversità delle due questioni, i giudici di Strasburgo nelle riflessioni finali della sentenza *Viola c. Italia* rilevano come, anche a livello nazionale, l'assolutezza della presunzione di pericolosità sociale sia stata di recente attenuata anche nei confronti degli ergastolani³⁷, auspicando che la Corte costituzionale possa proseguire lungo tale direzione anche nella decisione in ordine alle questioni pendenti (e decise nella sentenza in commento).

Vi è di più. Sulla pronuncia dei giudici costituzionali difficilmente avrebbe potuto non incidere un'ulteriore affermazione della Corte EDU. Ancora nella parte finale della sentenza, i giudici di Strasburgo specificano che il caso Viola «mette in luce un problema strutturale del sistema italiano, per il quale sono attualmente pendenti davanti alla Corte un certo numero di ricorsi. (...). 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 che tenga conto del suo percorso rieducativo (...)». Evidente, dunque, come la Corte costituzionale nell'adozione della [sentenza n. 253](#) non potesse esimersi dal confrontarsi anche con tale ultima affermazione, che lascia presagire – a fronte di un problema avente natura «strutturale» – l'adozione di una nuova sentenza pilota nei confronti

³⁴ Punto 9 *Considerato in diritto*.

³⁵ Si tratta di un regime probatorio che la Corte costituzionale mutua dalla giurisprudenza di legittimità in tema di collaborazione con la giustizia impossibile o inesigibile richiamando, *ex plurimis*: Corte Cass, sez. I pen., sentt. 13 agosto 2019, n. 36057, 8 luglio 2019, n. 29869 e 12 ottobre 2017, n. 47044.

³⁶ Punti 5.2. e 5.3. *Considerato in diritto*.

³⁷ In argomento la Corte EDU richiama la già menzionata [sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2018](#).

dell'Italia³⁸ qualora non fosse garantita, anche nei confronti dei condannati per i delitti di cui al 4-bis, 1 comma, o.p., la possibilità di una progressiva modulazione dell'esecuzione penale che tenga conto del percorso rieducativo intrapreso dal condannato anche in assenza di una sua collaborazione con la giustizia³⁹.

La Corte costituzionale, dunque, difficilmente avrebbe potuto assumere una decisione in aperto contrasto con una pronuncia sovranazionale dai chiari intenti monitori proprio in riferimento al meccanismo relativo alla concessione dei benefici penitenziari di cui i permessi premio indiscutibilmente fanno parte.

Sul punto merita tuttavia di esser messa in luce la scelta, tutt'altro che obbligata, operata dai giudici costituzionali di motivare l'illegittimità dell'art. 4-bis, 1 comma, o.p. proseguendo lungo la strada tracciata dal richiamato filone giurisprudenziale in materia di automatismi legislativi. Il rischio, in effetti, era che la Corte – nel motivare l'accoglimento – potesse rimodulare le argomentazioni che nel 1974 l'avevano condotta a “salvare” dall'incostituzionalità la pena perpetua in quanto la liberazione condizionale, come in astratto l'istituto dei permessi premio, consente anche all'ergastolano un reingresso nel consesso sociale⁴⁰. Viceversa, adottando un accoglimento additivo ad effetto sostitutivo con conseguente metamorfosi della presunzione da assoluta a relativa, la Corte si pone in linea con quanto affermato nella ben diversa [sentenza n. 313 del 1990](#), pietra miliare nella valorizzazione del finalismo rieducativo, nella quale i giudici costituzionali ebbero modo di chiarire che il recupero sociale del condannato è fine ultimo e risolutivo della pena; gli altri caratteri della sanzione penale (afflittivo, preventivo, etc.) «non possono in nessun caso autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena». Se così non fosse «si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (...) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (...), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione»⁴¹.

³⁸ Si tratta di un istituto di origine giurisprudenziale – affermatosi per la prima volta nel caso *Broniowski c. Polonia* (ric. n. 31443/96) – e successivamente formalizzato nell'art. 46, comma 1, della Convenzione EDU e nell'art. 61 del Regolamento della Corte, introdotto il 21 febbraio 2011. Come noto, i giudici di Strasburgo ricorrono alle sentenze pilota per far fronte a violazioni della Convenzione derivanti da cause strutturali, peraltro testimoniate dall'esorbitante numero di ricorsi pendenti aventi il medesimo oggetto. La pronuncia suggerisce allo Stato le misure individuali e generali da adottare per adempiere all'obbligo di conformazione: è concesso a tal fine un termine per l'adempimento sospendendo contestualmente l'esame dei ricorsi analoghi pendenti davanti alla Corte.

In proposito si ricorda che l'Italia è stata recentemente destinataria di una sentenza pilota nel noto caso *Torreggiani e altri c. Italia* (decisione adottata l'8 gennaio 2013, ric. nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10). In estrema sintesi, i giudici di Strasburgo hanno concesso al nostro Paese un anno di tempo per adottare una serie di riforme strutturali volte a ridurre l'ormai endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario negli istituti penitenziari italiani anche mediante l'introduzione di una serie di rimedi aventi natura preventiva e compensativa.

Sulla sentenza *Torreggiani* la produzione è assai ampia: cfr., tra i molti e su diversi aspetti, S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., 137 - 157; G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. inter.*, 2013, 147-158.; F. FIORENTIN, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2013, 2037 ss.; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 gennaio 2013.

Per un'analisi critica delle diverse misure adottate in seguito alla sentenza *Torreggiani c. Italia* v. i contributi presenti in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit.

³⁹ Sono considerazioni riprese dalle più ampie riflessioni proposte in S. TALINI, *Viola c. Italia*, op. cit.

⁴⁰ [Corte cost., sent. n. 164 del 1974](#). In argomento va precisato che la Corte, nell'adozione di tale decisione, ha accolto una concezione polifunzionale della pena dichiarando espressamente che «la Costituzione, oltre a disporre che le pene siano sempre umane, evidenzia la necessità che (...) abbiano quale funzione e fine il riadattamento alla vita sociale». Tuttavia «funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile (...), non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena».

⁴¹ In ordine alla valorizzazione del principio rieducativo v. anche [Corte cost., sent. n. 204 del 1974](#) in cui i giudici costituzionali affermarono che al reo deve essere riconosciuto un diritto soggettivo alla rieducazione, o meglio, «il diritto

Accanto alla Corte EDU una seconda “pressione”, di segno ben diverso, sembra essere stata esercitata dall’opinione pubblica per il tramite dell’attuale classe politica. In effetti la pronuncia, in alcune sue parti, tradisce le difficoltà della Corte costituzionale nell’intervenire – seppur non direttamente – anche in materia di ergastolo ostativo in un clima politico (e sociale) in cui sovente si sente invocare, più che la sicurezza dei diritti, un oscuro “diritto alla sicurezza”⁴². Sintomo di tale “seconda pressione” parrebbe proprio il richiamo all’istituto di cui agli articoli 176 e 177 del codice penale: in effetti nel tentativo di delimitare il perimetro dell’accoglimento, la Corte sembra spingersi al di là delle questioni sollevate dai giudici *a quibus* quando afferma che la decisione non ha ad oggetto la liberazione condizionale.

La scelta di inserire tale espressa dichiarazione nella motivazione della sentenza, non solo sembra muovere oltre i confini delle ordinanze di rimessione – unicamente riferite al beneficio di cui all’art. 30-ter o.p. – ma si colloca, peraltro, in un difficile rapporto di coerenza con la successiva esaltazione della funzione dei permessi premio, definiti dalla stessa Corte – proprio in relazione alle pene medio-lunghe – «un peculiare istituto del complessivo programma di trattamento, consentendo al detenuto, a fini rieducativi, i primi spazi di libertà, mostrando perciò una funzione “pedagogico-propulsiva”»⁴³. A ben vedere tale ruolo “pedagogico-propulsivo” dei permessi premio, propedeutici al reingresso del condannato in società, risulta privo di ogni efficacia progettuale concreta se al detenuto resta preclusa – in senso assoluto – la possibilità di immaginare una nuova vita all’esterno delle mura carcerarie⁴⁴.

Deve ancora rilevarsi come l’inversione dell’onere probatorio, che pone ad esclusivo carico del condannato non solo la necessità di dimostrare la totale assenza dei legami con la criminalità organizzata ma altresì – in astratto – che non vi sia il «pericolo di un loro ripristino», ponga un

a che (...) il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

La volontà di espandere i confini del finalismo rieducativo oltre la fase esecutiva delle sanzioni penali deve considerarsi un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale. Nella [decisione n. 79 del 2007](#) i giudici rilevano che il principio rieducativo della pena «deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria», la quale «deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l’emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione». Ancora nella successiva [sentenza n. 129 del 2008](#) la Corte, dopo aver chiarito come la funzione rieducativa debba necessariamente leggersi in un rapporto di netta scissione rispetto alle norme del giusto processo, ribadisce che la necessità che la pena debba “tendere” a rieducare «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che la caratterizzano».

In ordine alla valorizzazione della rieducazione come principio generale dell’ordinamento si segnala, inoltre, la recente [sentenza n. 179 del 2017](#) del Giudice delle leggi su cui v. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, in [Rivista AIC](#), 4, 2017.

In merito alla centralità dell’ideale rieducativo quale vincolo per il legislatore a partire dalla [sentenza n. 313 del 1990](#) cfr., tra i molti, S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., 75-79; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2, 2017, 48-60; F. BALIO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 292 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Napoli, 2002, 34-35 e, più di recente dello stesso Autore, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in [Rivista AIC](#), fasc. 3/2016, spec. 6-38; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2001, 131 ss.

⁴² Sul complesso rapporto tra bisogno di sicurezza e garanzia dei diritti v. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Roma, 2001, 19 ss. e M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 18 ss.

⁴³ Punto 8.2. *Considerato in diritto*. In argomento la Corte costituzionale richiama le sue precedenti decisioni in tema di permessi premio ([sent. n. 188 del 1990](#), [n. 504 del 1995](#), [nn. 227 e 445 del 1997](#) e [n. 257 del 2006](#)).

⁴⁴ In ordine a tale criticità v. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, punti 4 e 6. Il testo è stato predisposto in occasione dell’audizione presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere presso il Senato della Repubblica il 10 dicembre 2019 e disponibile in [Sistema Penale](#).

aggravio sul piano probatorio che non appare possibile dimostrare con un sufficiente margine di certezza. In effetti non si vede come il detenuto possa documentare, in maniera incontrovertibile, l'inesistenza di un pericolo in astratto: si tratta di una prova dai confini evanescenti e ipotetici con la conseguenza che il regime probatorio posto a carico dei richiedenti, rischia di trasformarsi da «rafforzato», come gli stessi giudici costituzionali lo definiscono, in una vera e propria *probatio diabolica*⁴⁵.

A tale considerazione deve aggiungersi la richiamata previsione che preclude la possibilità di concedere qualunque beneficio penitenziario allorché vi sia una comunicazione da parte del Procuratore nazionale antimafia o distrettuale in ordine al perdurare dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata⁴⁶. A fronte di tale regime probatorio, dai potenziali confini “diabolici”, appaiono allora tanto più immotivate le reazioni dell'opinione pubblica, e ancor più della classe politica, a fronte della decisione della Corte costituzionale accusata di aver aperto le porte del carcere ai boss della criminalità organizzata. I giudici costituzionali, invero, hanno esclusivamente trasformato una presunzione da assoluta a relativa attribuendo al giudice il potere-dovere di decidere, insieme alle autorità antimafia, se le allegazioni probatorie prodotte dal ricorrente siano adeguate alla concessione del permesso premio, in base alle peculiarità del caso concreto e secondo i rigidi confini sinora delineati.

Merita da ultimo un richiamo, quale decisione che si pone nel più immediato seguito della sentenza in commento, l'ancora più recente [pronuncia n. 263 del 2019](#) con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2, comma 3, del nuovo ordinamento penitenziario minorile⁴⁷ nella parte in cui, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno, prevedeva l'applicazione – anche nei confronti dei condannati minorenni – del meccanismo ostativo di cui all'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis, o.p.

La Corte rileva, in primo luogo, un aperto contrasto con i principi contenuti nella legge di delega n. 103 del 2017⁴⁸ nella misura in cui prescrivevano al delegato un ampliamento dei criteri di accesso alle misure alternative alla detenzione e l'eliminazione di ogni automatismo nella concessione dei benefici penitenziari. L'illegittimità della norma, tuttavia, non si arresta alla sola violazione delle prescrizioni contenute nella legge di delega.

I giudici costituzionali ancorano altresì l'incostituzionalità al contrasto con gli artt. 27, comma 3, e 31, secondo comma, Cost.: la Corte, in effetti, si era già espressa in relazione all'illegittimità della pena dell'ergastolo nei confronti dei condannati infradiciottenni in forza «dei principi di speciale protezione per l'infanzia e la gioventù, di individualizzazione del trattamento punitivo del minore e di preminenza della finalità rieducativa»⁴⁹. L'incostituzionalità dunque – anche in riferimento alla nuova formulazione contenuta nel d.lgs. n. 121 del 2018 – risiede nell'impossibilità da parte dell'autorità giudiziaria di operare una valutazione individualizzata in riferimento al percorso di risocializzazione intrapreso dal singolo detenuto minorenne, così restituendo al giudice la possibilità di una

⁴⁵ Sul punto ancora Marco Ruotolo ha efficacemente affermato che «le condizioni poste dalla [sent. n. 253 del 2019](#) sono tali da lasciare intendere che la concessione del permesso premio costituirà un'eccezione alla regola del diniego. È stata rimossa una presunzione assoluta, forse sostituita da una presunzione semi-assoluta piuttosto che relativa» (M. RUOTOLO, *Idem*, punto 3). Si vedano altresì le puntuali riflessioni compiute dall'Autore, dalla scrivente interamente condivise, riguardo ai pericoli di possibili seguiti legislativi della [sentenza n. 253](#) tesi a ridurre la sua portata, ad accentrare in un'unica sede i giudizi relativi alle richieste dei permessi premio dei condannati per reati ostativi e ad inasprire le condizioni di accesso alla liberazione condizionale (punti 6 e 7).

⁴⁶ Art. 4-bis, 3 comma 3-bis, o.p.

⁴⁷ D.lgs. del 2 ottobre 2018 n. 121 del 2018, rubricato “Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni” in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

⁴⁸ Il riferimento è all'art. 1, comma 85, lettera p), numeri 5) e 6).

⁴⁹ [Corte cost., sent. n. 168 del 1994](#). Gli stessi giudici ricordano di essersi pronunciati in analoga direzione in riferimento ad altri istituti dell'ordinamento penale e penitenziario riferiti ai condannati aventi minore età ([sentt. nn. 125 del 1995, 109 del 1997, 403 del 1997, 16 del 1998, 450 del 1998, 436 del 1999, 90 del 2017](#)).

«valutazione caso per caso dell'idoneità e della meritevolezza delle misure extramurarie, secondo il progetto educativo costruito sulle esigenze del singolo»⁵⁰.

Le considerazioni sinora espresse consentono un'ultima riflessione d'insieme. Se è indubbio che la pena assuma – almeno nella sua conformazione *de facto* – una fisionomia plurima, essendo inevitabilmente afflittiva e preventiva (in senso speciale e generale), non può tuttavia negarsi che il solo fine attribuito dai Costituenti al sistema di esecuzione penale sia la risocializzazione di ogni condannato (art. 27, comma 3, Cost.). Ne consegue l'impossibilità di operare una compressione *tout court* del finalismo rieducativo; esso potrà senza dubbio ridurre il suo perimetro d'azione in ragioni di gravi e perduranti esigenze di sicurezza in riferimento a reati di particolare allarme sociale (di cui certamente fanno parte i delitti di criminalità organizzata), ma non sino al punto di sottrarre interamente dalla sua sfera applicativa una categoria di condannati. Del resto, come gli stessi giudici costituzionali hanno chiarito nella nota – e già citata – [sentenza n. 313 del 1990](#), il finalismo rieducativo si afferma come valore generale dell'ordinamento ed è posto in una relazione di necessaria interdipendenza con il momento umanitario. Nell'inscindibile rapporto «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici di cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». Qui la centrale svolta di principio: la rieducazione, in esecuzione di un espresso obbligo costituzionale, deve orientare non solo l'opera delle autorità penitenziarie e del giudice ma anche, in un momento antecedente, le scelte del legislatore verso politiche criminali in grado di favorire positivamente – anche tramite la flessibilità delle sanzioni e la progressione del trattamento – il reinserimento sociale di ogni condannato⁵¹.

Ne consegue che ad essere contraria al dettato costituzionale nella [sentenza n. 253 del 2019](#) – e, per analogia, nella [successiva n. 263](#) – non sia la presunzione di pericolosità in quanto tale, ma il suo carattere di insuperabilità da cui discende una totale (e per questo illegittima) rinuncia dell'ordinamento nel perseguire, in concreto, l'ideale rieducativo nei confronti di una determinata tipologia di condannati. Ciò che la Corte afferma, in conclusione, è che la presunzione di pericolosità sociale non può mai essere assoluta: ciò che necessariamente deve assumere tale carattere di assolutezza è, al contrario, il rispetto dell'art. 27, comma 3, Cost. che impone un'inderogabile tutela dei principi di umanità e risocializzazione in riferimento a ogni persona sottoposta a una condanna di natura penale.

⁵⁰ La Corte precisa che, in ordine a tale valutazione, particolare rilievo assumono le ragioni della mancata collaborazione, le condotte concretamente riparative e i progressi compiuti nell'ambito del percorso riabilitativo intramurario.

⁵¹ V. precedente nota n. 41.