

**La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale:
una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria**

Andrea Pugiotto**

(4 febbraio 2020)

*Commento destinato alla pubblicazione sulla rivista Studium Iuris, 2020,
fasc. 4*

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

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, 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.

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.

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'ormai 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 sent. 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, 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 *black list* del 1° comma dell'art. 4-bis⁴.

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 avesse deciso di

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, 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 eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 13 luglio 2016.

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.

⁷Già 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, 12; M. BRUCALE, *Spes, ultima dea*, ivi, 49; D. GALLIANI, *Ora tocca ai giudici costituzionali. Il viaggio dell'ergastolo ostativo al capolinea?*, ivi, 118-119; M. MENGOZZI, *Il dialogo tra le Corti sull'ergastolo ostativo: un'opportunità per il giudice delle leggi*, ivi, 139; A. PUGIOTTO, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo*, ivi, 158; P. VERONESI, *Se la pena è davvero "a oltranza": i (seri) dubbi di costituzionalità sull'ergastolo e le preclusioni ostative*, ivi, 178.

⁸A 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, 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, 1 ss.; A. TARALLO, *Il "fine pena mai" di fronte al controllo CEDU: un "margine di apprezzamento" sempre più fluttuante e aleatorio*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 1, 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., 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., 24 ss.; D. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1156 ss.; nonché gli atti del Seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università di Milano, *"Ergastolo 'ostativo': profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito*, ivi, 2017, 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).

Trattasi, dunque, di una pena perpetua *de jure* 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.

3. La *ratio decidendi* della sentenza

⁹ Cfr, tra i tanti, P. MADDALENA, *Sentenza Cedu sul carcere ostativo: intervenga la Corte costituzionale*, ne *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*, ne *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 *articolo21.org*, 22 gennaio 2020).

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 Perugia?¹⁰

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 se 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).

[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

¹⁰ Le due ordinanze di rinvio sono reperibili nel sito www.amicuscursiae.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., XXVII-178.

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).

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

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).

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., 155 («non è una bella definizione, ma coglie la sostanza della disciplina»).

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 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?

¹³ S. CARNEVALE, *Diritto al giudice e habeas corpus penitenziario: l'insostenibilità delle presunzioni assolute sui percorsi individuali*, ivi, 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 capi mafia 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*, ne *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"*, catania.livesicilia.it, 5 dicembre 2019.

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 alla 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 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

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

¹⁶ Così (e chi, se no?) M. TRAVAGLIO, *Fine pena vediamo*, ne *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*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 31 ottobre 2019.

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.

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, 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

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. PULITANO, *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).

²² G. C. CASELLI, *Quelle regole spezzano la forza del clan. Farne a meno significa armarli di nuovo*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 6 ottobre 2019; ID., *Perché è un errore concedere i permessi*

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.

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

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*, ne *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., 127 ss.

²³ E. NOVI, *Bruti Liberati: "Atto di civiltà che indebolirà le mafie"*, ne *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, 510.

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., 141 ss.

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

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.

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.

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"*, ne *Il Dubbio*, 1 novembre 2019.

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*, ne *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 *antimafiaduemila.com*, 25 ottobre 2019.

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 premio)³⁰.

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).

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

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., 108.

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*», ne *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*, ne *Il Dubbio*, 20 novembre 2019. Il suo testo integrale è reperibile in *ristretti.it*

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 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

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.

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.

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.

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 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.

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.

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*.

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., 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., 96 ss.

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*».

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Ferrara

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