

Rivista N°: 1/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 20/03/2020

AUTORE: Andrea Pugiotto *

PROCEDIMENTO PREGIUDIZIALE E CORTE COSTITUZIONALE: DUE DECISIONI RADICALI DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI OSTATIVITÀ PENITENZIARIA: LE SENTT. NN. 253 E 263 DEL 2019

Sommario: 1. Una giurisprudenza costituzionale in direzione ostinata e contraria. – 2. Dalla periferia al centro del regime ostativo penitenziario. – 3. Il primo colpo di piccone al suo muro maestro: la sent. n. 253/2019. – 4. Contro l'insuperabile equivalenza tra collaborazione e ravvedimento (e tra mancata collaborazione e pericolosità sociale). – 5. La deliberata volontà della Corte costituzionale di approdare a un dispositivo d'accoglimento. – 6. Il secondo colpo di piccone: la sent. n. 263/2019. – 7. Una sentenza-papello? – 8. In difesa della competenza diffusa dei giudici di sorveglianza. – 9. Il «pericolo del ripristino» di collegamenti con la criminalità organizzata. – 10. Gli oneri probatori incombenti sul detenuto non collaborante. – 11. Un «tertium genus» tra collaborazione prestata e collaborazione inesigibile. – 12. Conto alla rovescia per il superamento dell'ergastolo ostativo.

1. Una giurisprudenza costituzionale in direzione ostinata e contraria

La testuale previsione del finalismo rieducativo penale dovrebbe costringere tutti, scettici compresi, a prendere sul serio l'obbligazione costituzionale e a tentare di darle un senso compiuto, attraverso un'appropriata trama normativa e applicativa. In questa complessiva azione si distingue, per determinazione e coerenza, la Corte costituzionale. La sua giurisprudenza, da tempo, certifica il primato della pena quale «trattamento risocializzante a struttura emancipante»¹, elevando il paradigma dell'art. 27, comma 3, Cost. a condizione di legittimazione dell'intero diritto punitivo, «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»².

* Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Ferrara.

¹ La felice espressione di sintesi si deve a V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 1038.

² Sent. n. 313/1990. Per un'antologia degli orientamenti della Corte costituzionale aventi come epicentro teorico l'art. 27, comma 3, Cost., rinvio ad A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. Cost.*, 2018, 1654-1657.

In particolare, sono le sue pronunce in materia di esecuzione penale a tenere dritta la barra, navigando lungo la rotta tracciata dalle regole e dai principi internazionali pertinenti³, andando così (inevitabilmente) controcorrente rispetto alla «*nouvelle vague politico-criminale*»⁴ nostalgica di una pena certa, esclusivamente retributiva, neutralizzatrice, meglio se elevata e dura, da scontare integralmente dietro le sbarre fino all'ultimo giorno. È l'imperante rappresentazione patibolare riassunta nel truce «*Deve marcire in galera!*», quando invece, secondo Costituzione, le pene devono tendere alla rieducazione del reo, non alla sua putrefazione.

Ne sono ora una conferma di assoluto rilievo i due colpi di piccone assestati, con le sentt. nn. 253 e 263/2019, al muro maestro dell'ostatività penitenziaria tirato su dal legislatore con i mattoni dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., e la calce del suo art. 58-ter. Ma si possono segnalare anche altri arresti giurisprudenziali egualmente orientati e parimenti significativi, immediatamente precedenti⁵ o di poco successivi⁶ alla coppia di decisioni qui presa in esame.

2. Dalla periferia al centro del regime ostativo penitenziario

Fino ad oggi, gli interventi della Corte costituzionale sul meccanismo del c.d. doppio binario penitenziario⁷ avevano mirato a un suo contenimento applicativo, spaziale e temporale. Da un lato, sterilizzando il divieto di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla pena, quando la pretesa collaborazione con la giustizia non sia «naturalisticamente e giuridicamente» esigibile⁸. Dall'altro, evitando un'applicazione retroattiva dell'obbligo di col-

³ Ne fa ora un preciso censimento, inclusivo delle relative fonti di *hard law* e di *soft law*, E. MOTTESE, *Ergastolo e diritti umani nella prospettiva del diritto internazionale ed europeo*, in *Diritti Umani e Diritto Internaz.*, 2020, fasc. 2 (in corso di pubblicazione).

⁴ V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 26 marzo 2019, 12.

⁵ Il riferimento è all'altro uno-due rappresentato dalle sentt. nn. 279/2018 e 229/2019: insieme, hanno prodotto la caducazione dell'intero art. 58-quater, comma 4, probabilmente l'ipotesi più estrema di preclusione automatica a qualsiasi beneficio e misura alternativa alla pena contemplata dall'ordinamento penitenziario.

⁶ Il riferimento è alle sentt. n. 18/2020 (che consente alle madri di figli gravemente disabili di poter scontare la pena in detenzione domiciliare, qualunque siano l'età del figlio e la durata della pena, purché il giudice escluda in concreto un pericolo per la sicurezza pubblica) e n. 32/2020 (che estende il divieto di retroattività alla normativa penitenziaria incidente sulla natura della pena e sulla sua concreta afflittività).

⁷ Per rimanere nella metafora ferroviaria, lo scambio è rappresentato dall'art. 4-bis, ord. penit., che reca una disciplina speciale, a carattere restrittivo, per la concessione di benefici penitenziari e misure alternative alla pena a determinate categorie di detenuti (o internati), se responsabili di delitti elencati nei suoi vari commi e classificati per fasce a gravità decrescente, a ciascuna delle quali corrisponde un differente meccanismo di accesso a misure extramurarie. Lo scambio non scatta nel caso in cui il detenuto collabori utilmente con la giustizia (ai sensi dell'art. 58-ter, ord. penit.). La migliore analisi critica di tale meccanismo, condotta dal punto di vista costituzionale, si deve a L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, fasc. 2, 1 ss.; vedi in tema, da ultimo, FIORELLI, *Il doppio binario: un excursus tra nuove tendenze e residue incertezze*, in *Indice Pen.*, 2019, fasc. 3, 489 ss.

⁸ Sentenza n. 89/1999. Accade quando la collaborazione con la giustizia è *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 *irrelevante* (perché al reo sono state riconosciute le circostanze attenuanti

laborare con la giustizia, nel frattempo introdotto quale *conditio sine qua non* per poter beneficiare di misure extramurarie⁹.

E' stata una meritoria opera di progressiva erosione, costellata anche da occasionali dichiarazioni d'incostituzionalità dell'ostatività penitenziaria, sempre però censurata perifericamente¹⁰. La novità delle due sentenze in commento è che, ora, di quel congegno legislativo si mette in discussione l'architrave: l'assunto secondo cui il silenzio del reo equivale, comunque e sempre, a mancata emenda e permanente pericolosità sociale. Revocando la natura assoluta di tale presunzione legislativa nell'esecuzione penale degli adulti (sent. n. 253/2019), e addirittura espellendola dall'ordinamento penitenziario dei minori (sent. n. 263/2019), la Corte costituzionale compie così un salto di qualità. Mira più in alto, all'eliminazione *tout court* dell'automatismo preclusivo alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione.

Lo si vede fin da ora: è la ragnatela dell'intero regime ostativo che, alla fine, ne uscirà disfatta. Toccherà allora ai giudici giudicare, caso per caso, su ogni misura extramuraria, indipendentemente dalla collaborazione o meno del reo con la giustizia, e dalla natura temporanea o perpetua della sua pena.

3. Il primo colpo di piccone al suo muro maestro: la sent. n. 253/2019

Generata da due questioni di costituzionalità – simili ma non del tutto sovrapponibili - promosse dalla sez. I pen. della Cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia¹¹, la sent. n. 253/2019 riconosce possibile l'accesso al beneficio del permesso premio anche al detenuto non collaborante, condannato per uno dei tanti reati inclusi nella chilometrica e fantasiosa *black list* dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit.

Sentenza molto attesa, dunque già molto commentata¹². Ridotta all'essenziale, la sua *ratio decidendi* disinnesci l'automatismo penitenziario che preclude la possibilità di misure

di legge). Il precipitato di tale giurisprudenza costituzionale (cfr. sentt. nn. 306/1993, 357/1994, 361/1994, 68/1995) è stato poi recepito nel comma 1-bis dell'art. 4-bis, ord. penit.

⁹ Ciò in forza del principio di progressione del trattamento penitenziario e del divieto di una sua incolpevole regressione, che finisce per operare, in materia di esecuzione penale, come una sorta di divieto di retroattività qualificato: cfr. sentenze nn. 445/1997, 137/1999, 306/1993.

¹⁰ Cfr. le sentt. nn. 239/2014, 76/2017, 174/2018, riguardanti l'ambito di applicazione della detenzione domiciliare speciale e ordinaria, preclusa automaticamente alle detenute madri di prole di età pari o inferiore a dieci anni, se condannate per un reato ostativo.

¹¹ Entrambe le ordinanze di rinvio possono leggersi (unitamente alla documentazione del processo svoltosi davanti alla Corte costituzionale) nel sito www.amicuscuriae.it, piattaforma di servizio al seminario "preventivo" svoltosi all'Università di Ferrara il 27 settembre 2019, i cui atti sono pubblicati 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 Quad. Cost.*, Rassegna, 2019, fasc. 10, XXVII-178.

¹² Cfr. S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in *Sistema Penale*, 28 gennaio 2020; ID., *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *Osservatorio*

extramurarie per chi sceglie di tacere, pur potendo parlare: infatti, se è legittimo premiare la collaborazione con la giustizia, non lo è invece punire la mancata collaborazione, elevandola a ragione ostativa e assorbente qualsiasi altra considerazione relativa al caso concreto. A monte di un simile automatismo c'è una presunzione legale *assoluta* che ora vede mutare la propria natura giuridica, perché solo se *relativa* «si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena» (§8).

Diversamente, ipostatizzando l'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento si costruisce un meccanismo di aprioristica esclusione, incostituzionale – argomenta la Corte - sotto almeno tre profili, «distinti ma complementari» (§8). Innanzitutto, si produce un'eccedenza afflittiva a carico del detenuto non collaborante, nel nome di esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva estranee all'esecuzione della pena (cfr. §8.1). Si impedisce, poi, qualsiasi valutazione in concreto alla magistratura di sorveglianza sul percorso carcerario del condannato non collaborante, così oscurando l'orizzonte costituzionale di un trattamento penitenziario finalizzato al recupero del reo alla vita sociale (cfr. §8.2). Infine, la presunzione di una «immutabilità, sia della personalità del condannato, sia del contesto esterno di riferimento» può essere contraddetta in concreto, sulla base di una valutazione giurisdizionale individualizzata e attualizzata, specialmente in ragione del decorso del tempo nell'esecuzione della pena (cfr. §8.3).

Riconosciuta così anche al detenuto non collaborante la *possibilità* di domandare – e non il *diritto* di ottenere – la concessione di misure extramurarie, la sentenza precisa le condizioni necessarie per accedere al primo spazio di libertà contemplato dall'ordinamento penitenziario: il beneficio del permesso premio, ex art. 30-ter, l'unico processualmente rilevante nei due giudizi *a quibus*.

Cost. AIC, 2020, fasc. 2 (3 marzo 2020).; M. BORTOLATO, *Il futuro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga. Brevi riflessioni sulla sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2020 (in corso di pubblicazione); M. CERASE, *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, in *Forum Quad. Cost.*, 5 febbraio 2020, 1 ss.; M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio Cost. AIC*, 2020, fasc. 1, 211 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta rimodella solo l'istituto per i delitti "ostativi"*, in *Guida al Diritto*, 2020, n. 5, 77 ss.; ID., *Condizioni stringenti per la concessione dei permessi premio*, *ivi*, 84 ss.; ID., *Una decisione "storica" dal grande impatto sistematico*, in *Cass. Pen.*, 2019, , (in corso di pubblicazione); D. GALLIANI-R. MAGI, *Regime ostativo e permesso premio. La Consulta decide, ora tocca ai giudici*, in *Giustizia Insieme*, 29 gennaio 2020; A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, in *Osservatorio Cost. AIC*, 2020, fasc. 2 (3 marzo 2020); ID., *Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4-bis comma 1 ord. penit.*, in *Giur. It.*, 2020, (in corso di pubblicazione); M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, in *Osservatorio Cost. AIC*, 2020, fasc. 2 (3 marzo 2020); A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, fasc. 1; M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, 12 dicembre 2019; 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. 3, 729 ss. Anche chi scrive ha già annotato, a prima lettura, la pronuncia in esame: A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum Quad. Cost.*, 4 febbraio 2020, cui rimando per quanto qui non si è inteso ripetere.

Si tratta di «criteri di particolare rigore» (§9) perché proporzionati alla peculiare intensità del vincolo di appartenenza alla criminalità organizzata (di cui la Corte si mostra, dunque, pienamente consapevole). Sono criteri tarati per evitare l'allarmistico scenario di un generalizzato «*liberi tutti*», preconizzato nello scomposto dibattito pubblico che ha preceduto la sent. n. 253/2019. Ecco quali: il reo non collaborante potrà bussare 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, e andrà accertata l'assenza di suoi collegamenti, attuali e futuri, con il sodalizio criminale originario.

Tutte queste condizioni sono cumulativamente necessarie e sempre sottoposte al controllo non solitario di un giudice di sorveglianza, il quale - «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: la Procura nazionale antimafia, la Procura distrettuale, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza¹³.

Di più ancora, nella sua parte motiva (cfr. §9) la sentenza si spinge a indicare gli oneri procedurali gravanti sul detenuto non collaborante che aspiri al permesso premio. A lui spetterebbe la produzione di «specifiche allegazioni» idonee a escludere collegamenti, in atto o in potenza, con il sodalizio criminale d'origine. Un onere che dovrebbe tradursi nell'obbligo di fornire «veri e propri elementi di prova» a sostegno della richiesta, quando contro di essa si è già pronunciata la Procura antimafia.

4. Contro l'insuperabile equivalenza tra collaborazione e ravvedimento (e tra mancata collaborazione e pericolosità sociale)

Da tempo la dottrina contestava la pigra equivalenza tra collaborazione e ravvedimento, perché errata in entrambe direzioni¹⁴ e perché assimilatrice di condotte eterogenee operanti, in realtà, su piani differenti¹⁵.

¹³ Sul fondamento del diritto all'ultima parola riconosciuto in sentenza al giudice, si dichiara perplesso M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio*, cit., 221 nota 10, in ragione del tenore letterale dell'art. 4-bis, comma 3-bis, ord. penit. che riconosce alla procura antimafia un diritto di veto. A mio avviso, l'indicazione della Corte costituzionale sottintende un'interpretazione adeguatrice analoga a quella già avallata con riferimento all'informativa del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza di cui all'art. 4-bis, comma 2, ord. penit.: in entrambi i casi si tratterebbe di «atto obbligatorio ma non vincolante» (ord. n. 271/1992, poi confermata dalle ordd. nn. 350/1992 e 483/1992), gravando al più sul giudice di sorveglianza un onere di motivazione rafforzato, qualora intenda discostarsene concedendo il beneficio cui la procura si è opposta.

¹⁴ Per le opportune esemplificazioni e indicazioni bibliografiche vedi, riassuntivamente, C. MUSUMECI- A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, a dimostrazione che può aversi collaborazione senza ravvedimento (pp. 82-83) come pure ravvedimento senza collaborazione (pp.151-153).

¹⁵ Alle corte, la collaborazione con la giustizia è «un atteggiamento processuale (in concreto: la denuncia di altri) che, con il parametro costituzionale della rieducazione, ha davvero poco a che spartire» (S. LONATI, *Il carcere a vita riemerge nella sua variante più crudele: l'ergastolo ostativo*, ne *Il Sole-24 Ore*, 19 ottobre 2019).

In linea con le critiche dottrinali è la conseguente richiesta dei due giudici *a quibus* – ai fini della concessione del beneficio premiale – di «valutare nel caso concreto le ragioni che hanno indotto l’interessato a mantenere il silenzio»¹⁶, potendo tali motivi non risultare «univocamente dimostrativi dell’attualità della pericolosità sociale e non necessariamente coincident[enti] con la volontà di rimanere legato al sodalizio mafioso di provenienza»¹⁷.

La stessa Corte EDU, nella nota sent. *Viola c. Italia n°2* divenuta definitiva alla vigilia del pronunciamento della Corte costituzionale¹⁸, nega che la mancata collaborazione discenda «unicamente dalla persistenza dell’adesione ai “valori criminali” e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza» (§118). Così come revoca in dubbio l’equivalenza tra collaborazione e ravvedimento, potendo il condannato aiutare le autorità «con l’unico proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge» (§119).

Pur non ignorando gli argomenti valorizzati dai giudici di Strasburgo¹⁹, la Corte costituzionale preferisce appoggiarsi a quelli presenti *in nuce* nella sua pregressa giurisprudenza, con specifico riferimento alla sent. n. 306/1993 (cfr. §7.3). Per quanto di rigetto, infatti, già quella pronuncia riconosceva nel combinato disposto degli artt. 4-bis, comma 1 e 58-ter, ord. penit., prevalentemente «una scelta di politica criminale», responsabile di una «rilevante compressione» del finalismo rieducativo penale, espressione di una preoccupante «tendenza alla configurazione normativa di “tipi d’autore”» rispetto ai quali, in assenza di collaborazione, ogni prospettiva di recupero sociale sarebbe impossibile o non perseguibile. Ora debitamente sviluppate, sono proprio queste valutazioni a rovesciare di segno quel lontano precedente.

Sulla stessa scia, *ad adiuvandum*, la Corte costituzionale avrebbe potuto richiamare altri suoi pregressi arresti giurisprudenziali, dove aveva riconosciuto possibile l’accesso a misure extramurarie *indipendentemente* da una condotta collaborante da parte del detenuto²⁰. Il riferimento è – di nuovo – alle ipotesi di collaborazione comunque inesigibile, equipa-

¹⁶ Così il Tribunale di sorveglianza di Perugia.

¹⁷ Così la Cassazione, sez. I pen.

¹⁸ Pronunciata il 13 giugno 2019 dalla Prima sezione della Corte EDU, la sentenza è diventata definitiva l’8 ottobre 2019 a seguito della dichiarata inammissibilità del *referral* presentato – ai sensi dell’art. 43 CEDU- dal governo italiano alla Grande Camera. I commenti dedicati alla pronuncia dei giudici di Strasburgo sono una marea. Indicazioni bibliografiche si possono trovare in D. GALLIANI- A. PUGIOTTO, *L’ergastolo ostativo non supera l’esame a Strasburgo. (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio Cost. AIC*, 2019, fasc. 4, 191 ss. (specialmente in nota 7), 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.; S. TALINI, *Viola c. Italia: una decisione dai controversi effetti nell’ordinamento nazionale*, in *Quad. Cost.*, 2019, 931 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.

¹⁹ Espressamente richiamati nel §7.3. Sul mancato dialogo della Corte costituzionale con la Corte EDU, in occasione della sentenza in esame, vedi però le osservazioni critiche di E. MOTTESE, *Ergastolo e diritti umani*, cit., §5.

²⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., 148-149.

rate dalla Corte (poi seguita dal legislatore) ai casi di utile collaborazione con la giustizia²¹. Il riferimento è – di nuovo – alla sua giurisprudenza sul c.d. principio di progressione del trattamento e del divieto di una sua regressione incolpevole, che mise in sicurezza i benefici penitenziari e le misure alternative già concesse a chi pure le aveva ottenute senza collaborare con la giustizia²².

5. La deliberata volontà della Corte costituzionale di approdare a un dispositivo di accoglimento

Il terreno (giuridicamente) dissodato nel quale germoglia la sent. n. 253/2019 non deve, tuttavia, indurre a sottostimare la deliberata volontà della Corte costituzionale di approdare ad un dispositivo di accoglimento. Non erano certo assenti strategie argomentative, alternative a quella prescelta, dall'esito più circoscritto se non addirittura opposto: non averle coltivate, dunque, dà la misura della determinazione del Giudice delle leggi nel non tradire la propria funzione di garanzia, quando ad essere in gioco è il disegno costituzionale della pena²³.

Vale per la tesi – avvalorata da entrambi i giudici *a quibus* – circa la specificità del permesso premio²⁴. Non è il sentiero percorso dalla Corte, la quale ha preferito sviluppare una *ratio decidendi* che (scommettiamo?) sarà all'origine di una prossima «scia giurisprudenziale»²⁵, composta da tante pronunce di accoglimento quante sono le misure alternative alla pena, oggi ancora precluse al detenuto non collaborante.

Così è stato per la tesi – suggerita in dottrina, ma non estranea all'ordinanza della Cassazione penale – della distinzione tra affiliato e non affiliato all'associazione mafiosa, al

²¹ Vedi, *supra*, nota 8. Valorizzano il dato empirico di riuscite esperienze risocializzanti anche di detenuti ostativi che, in ragione dell'inesigibilità della loro collaborazione, hanno potuto egualmente beneficiare di misure extramurarie, 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.

²² Vedi, *supra*, nota 9.

²³ La considerazione vale nonostante la sent. n. 253/2019 sia stata approvata – *dicitur* – a strettissima maggioranza (8 favorevoli, 7 contrari). Il dato non ha né può avere alcun rilievo costituzionale, come dovrebbe sapere chiunque. Innanzitutto, perché si tratta di una mera indiscrezione, della cui verità non si possono avere riscontri ufficiali. In secondo luogo, perché improduttiva di conseguenze giuridiche, non richiedendosi una maggioranza qualificata per le decisioni della Corte, sempre e comunque imputabili al suo collegio. Infine, non previsto dalle fonti l'istituto della *dissenting opinion*, le ragioni dei contrari sono ignote, dunque sottratte a qualsiasi valutazione circa la loro persuasività e fondatezza. È grave, quindi, che una simile indiscrezione sia filtrata da Palazzo della Consulta, a uso e consumo di chi, nel dibattito pubblico, ne ha poi fatto un uso farlocco, mirante a indebolire il giudicato costituzionale agli occhi dei non addetti ai lavori.

²⁴ Il beneficio penitenziario non sarebbe integralmente assimilabile alle misure alternative alla detenzione, in ragione della sua «diversità strutturale» e della sua «peculiare funzione» finalizzata «alla realizzazione immediata» e alla «soddisfazione di esigenze anche limitate» nell'ambito degli interessi affettivi, culturali o lavorativi del detenuto (così la Cassazione penale). Da qui la censura dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., perché, «non distinguendo tra differenti benefici penitenziari, ne comprime le peculiarità» pretendendo in ogni caso la collaborazione con la giustizia.

²⁵ L'espressione è di F. FIORENTIN, *Una decisione "storica"*, cit..

fine di allentare la presunzione legislativa originaria solo quando il condannato appartiene alla seconda categoria²⁶. La Corte ha argomentato altrimenti, dichiarando l'incostituzionalità a vantaggio di *tutti* i detenuti ed estendendola in via consequenziale a *tutti* i delitti compresi nell'art.4-bis, comma 1, ord. penit.

Non diversamente è andata con la tesi – prospettata in dottrina alla vigilia della sua pronuncia²⁷ – che suggeriva di valutare l'obbligo di collaborazione con la giustizia (finalizzato all'acquisizione di informazioni utili a contrastare la criminalità organizzata) quale mezzo proporzionato al bene, costituzionalmente compromesso, del finalismo rieducativo penale. Al contrario, la Corte ha inteso presidiare le esigenze specifiche dell'esecuzione della pena, censurando il baratto «tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario» (§8.1), anche per la «deformante trasfigurazione» del diritto al silenzio che ne deriva²⁸

Né la Corte ha dato ascolto all'Avvocatura dello Stato, intervenuta in giudizio a sostegno dell'inammissibilità di entrambe le questioni incidentali riguardanti «scelte di opportunità in materia di politica penitenziaria», sottratte al sindacato di costituzionalità perché interamente riservate alla discrezionalità del legislatore, ove esercitata in modo non arbitrario²⁹. E' la suadente tesi della *political question*, su cui la Consulta avrebbe potuto ricamare adoperando, come ago e filo, la categoria dell'«allarme sociale» quale giustificazione non solo del catalogo dei reati assolutamente ostativi³⁰, ma dell'intero congegno normativo impugnato. Non è andata così. Invece di limitarsi a prendere atto dell'opzione legislativa, la Corte ha preferito esaminare – negandola - la razionalità intrinseca del criterio presuntivo assunto dal legislatore³¹.

²⁶ È la posizione espressa in altrettante interviste da due autorevoli giuristi: G. DI FIORE, *Vincenzo Maiello: "No, qualsiasi pena deve rieducare"*, in *Il Mattino*, 22 ottobre 2019; E. MARTINI, *Ergastolo ostativo, Marco Ruotolo: "Non c'è rieducazione senza speranza"*, in *Il Manifesto*, 22 ottobre 2019 128). Quest'ultimo autore ha ribadito la tesi anche di recente: cfr. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio*, cit., 4-5.

²⁷ Cfr. F. BIONDI, *Il 4-bis all'esame della Corte costituzionale: le questioni sul tappeto e le possibili soluzioni*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., 41-45; ID., *La collaborazione con la giustizia all'esame della Corte: le difficoltà della decisione*, in *Il Sole-24 Ore*, 19 ottobre 2019.

²⁸ Qui la Corte costituzionale fa sua la critica dottrinale secondo cui, durante l'esecuzione della pena per un reato assolutamente ostativo, il «*nemo tenetur se detegere*» si capovolge nell'inquisitorio «*carceratus tenetur alios detegere*» (così, icasticamente, L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, 237), aggravata dalla circostanza che tutto ciò «rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati» (§8.1).

²⁹ Cfr. sentenza n. 253/2019, §7, ma anche – in modo non dissimile – nel §2, entrambi nel *ritenuto in fatto*.

³⁰ A furia di ingarbugliarlo, l'elenco dei delitti assolutamente ostativi è diventato uno di quei gomitolini di cui si è perso il filo: stando alla sent. n. 188/2019, andrebbe ricercato nella comune caratteristica di «allarme sociale» che il legislatore, discrezionalmente, riconosce ai reati in catalogo. Con il suo bandolo, tale arresto giurisprudenziale poteva rappresentare «un importante assist» per la sopravvivenza della disciplina impugnata: cfr. 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., 111. A commento della sent. n. 188/2019, vedi E. APRILE, *Per la Consulta le limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari, di cui all'art. 4-bis ord. penit., si applicano indipendentemente dal riconoscimento di circostanze attenuanti*, in *Cass. Pen.*, 2019, 4283 ss.; F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale "salva" lo sbarramento dell'art. 4-bis ord. penit. (e la discrezionalità del legislatore)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 1734 ss.; C. FIORIO, *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4-bis ord. penit. tra populismi, realpolitik e rispetto dei valori costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2019, 2156 ss.

³¹ Come bene rileva S. BERNARDI, *Per la Consulta*, cit., 10.

Neppure ha ceduto all'attrazione fatale del suo diretto precedente, la sent. n. 135/2003, laddove aveva espressamente escluso che la preclusione penitenziaria fosse frutto di un automatismo legislativo, derivando semmai «dalla scelta del condannato di non collaborare», comunque libera. Ha preferito piuttosto sottoporre a revisione critica quell'assunto, convergendo sulla diversa – e più realistica – valutazione della Corte di Strasburgo.

6. Il secondo colpo di piccone: la sent. n. 263/2019

Anche la successiva sent. n. 263/2019³² si presta ad essere letta come l'occasione per i giudici costituzionali, immediatamente colta, di ribadire le proprie convinzioni circa il necessario superamento di quella che, ai loro occhi, è un'illegittima «ostatività sanzionatoria»³³.

Oggetto della *quaestio* è l'estensione ai condannati minori di età e ai giovani adulti dell'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis, ord. penit., ai fini della concessione delle misure penali di comunità, dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno. Un allargamento introdotto dal Governo felpa-stellato con un recente decreto legislativo³⁴ che la Corte giudica incostituzionale, per eccesso di delega e per violazione degli artt. 27 comma 3, e 31 comma 2, Cost.

Esplicito fino alla citazione testuale è il richiamo alla sent. n. 253 e alla sua *ratio decidendi*, che qui vale *a fortiori* giacché, nell'esecuzione della pena nei confronti dei condannati per reati commessi da minorenni, la finalità rieducativa «è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente» (§4.1).

Lo stesso accertamento del denunciato vizio formale è argomentato enfatizzando i principi e criteri direttivi della legge di delega, ispirati alla «duplice concorrente esigenza di ampliare l'accesso alle misure alternative e di eliminare ogni automatismo e preclusione nell'applicazione dei benefici penitenziari» (§3.3). Irrigidendo tale disciplina, invece, la disposizione censurata «appare in aperta distonia» anche con la consolidata giurisprudenza costituzionale in tema di ordinamento penale minorile, che riconosce nell'accentuata funzione rieducativa della pena e nel criterio di individualizzazione del trattamento i «corollari di una considerazione unitaria» dei principi posti negli artt. 27, comma 3 e 31, comma 2, Cost. (§3.1).

Eguale è il vizio materiale. E non solo perché, nell'accertarlo, la Corte costituzionale conferma come l'ostatività penitenziaria impedisca al tribunale di sorveglianza «una valutazione individuale sul concreto percorso rieducativo compiuto dal minore»,

³² A commento della quale vedi S. BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *Sistema Penale*, 29 gennaio 2020.

³³ 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»).

³⁴ Si tratta dell'art. 2, comma 3, del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, recante «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».

così sacrificando le esigenze di educazione e risocializzazione sull'altare della difesa sociale (§4.1). Ciò che va sottolineata è, soprattutto, la scelta processuale della Corte di *non* ricorrere alla tecnica dell'assorbimento³⁵, benché pienamente giustificata in ragione della priorità – logica e cronologica – del già accertato vizio formale. Non era necessario andare oltre. Averlo fatto intenzionalmente, serve ad arricchire (non il dispositivo, ma) la parte motiva della sentenza, rimarcando così l'incompatibilità tra il congegno dell'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis, ord. penit. e il disegno costituzionale della pena.

Nei suoi effetti, rispetto alla sent. n. 253, la n. 263 è ancora più drastica. Diversamente dalla precedente, che derubrica l'originaria presunzione legislativa da assoluta a relativa, nella pronuncia successiva quella stessa presunzione viene *integralmente* a cadere, perché nell'ordinamento penitenziario minorile «non può essere lasciato spazio a presunzioni di pericolosità di sorta, nemmeno se relative»³⁶.

Ciò non toglie che entrambe le decisioni in commento mostrino una comune radicalità nell'andare, appunto, alla radice del medesimo problema: la necessità di ripristinare un «*habeas corpus* penitenziario»³⁷, a conferma che l'esclusione di rigidi automatismi normativi, in materia di esecuzione penale, è criterio costituzionalmente vincolante. Su ciò, oramai, la Corte costituzionale è irremovibile: ogni preclusione assoluta, motivata dal reato per cui è intervenuta la condanna, «soverte irragionevolmente la logica gradualistica sottesa al principio della progressività trattamentale e flessibilità della pena», quale «corollario del mandato costituzionale secondo cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato»³⁸.

7. Una sentenza-papello?

Per comprendere correttamente il mutamento normativo conseguente alla sent. n. 253, è al suo dispositivo che bisogna guardare. Il giudicato riguarda il *solo* beneficio penitenziario del permesso premio, ora accessibile a *tutti* i detenuti non collaboranti, *indipendentemente* dalla pena (temporanea o permanente) subita in ragione della condanna per *qualsiasi* reato incluso nel comma 1 dell'art. 4-bis, ord. penit., «allorché siano stati acquisiti elementi

³⁵ Cui la Corte ricorre, invece, per l'ulteriore censura di violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. integrato dagli artt. 7, 10 e 11 della direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, nonché dall'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr. §5). Sulla tecnica decisoria dell'assorbimento, l'indagine di riferimento è certamente quella condotta da A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013.

³⁶ S. BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari*, cit., 6. Non si fraintenda, però: come già dalla sent. n. 253, così anche dalla sent. n. 263 «non deriva in ogni caso una generale fruibilità dei benefici (...). Al tribunale di sorveglianza compete, infatti, la valutazione caso per caso dell'idoneità e della meritevolezza delle misure extramurarie secondo il progetto educativo costruito sulle esigenze del singolo» (§4.3).

³⁷ L'espressione è di S. CARNEVALE, *Diritto al giudice e habeas corpus penitenziario: l'insostenibilità delle presunzioni assolute sui percorsi individuali*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., 61.

³⁸ La citazione, adamantina, si legge nella sentenza n. 229/2019 (§4.1).

tali da escludere, sia l'*attualità* di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il *pericolo del ripristino* di tali collegamenti».

È pressoché un ritorno alle origini. A prima dell'inasprimento dell'art. 4-bis intervenuto - tra la strage di Capaci e quella di Via D'Amelio - con il decreto legge n. 306 dell'8 giugno 1992, convertito in legge n. 356 del 7 agosto 1992³⁹. È dunque un falso storico e giuridico la *fatwa* scagliata contro la Corte costituzionale (e, prima ancora, contro la Corte EDU) di aver smantellato un presidio legislativo concepito da Giovanni Falcone, chiamato nel 1991 al ruolo di Direttore generale degli Affari penali presso il ministero di Giustizia⁴⁰.

Chiedo scusa, ma qui una parentesi s'impone. «L'appropriazione indebita (e talvolta usurpata) dell'*ipse dixit* di assassinati illustri»⁴¹, accompagnata dalla strumentale evocazione di indimenticati «crateri sull'autostrada»⁴², rappresenta probabilmente la punta più impudica del carosello di opinioni e di false informazioni che ha *preceduto* la sent. n. 253. Mimesi di un dibattito, si è trattato in realtà di un massiccio tentativo di condizionamento, alimentato da un'ostilità preconcetta verso una pronuncia contestata *prima* di conoscerne le motivazioni, spinto fino all'invocazione di un decreto d'urgenza riparatore di una sentenza *non ancora* depositata, descritta come il fomite di catastrofiche conseguenze: disordine interpretativo-applicativo, enormi pericoli per l'ordine pubblico, minore tutela per le vittime, più armi agli avvocati difensori dei mafiosi, speranze per i boss di conservare il comando delle cosche, esposizione dei giudici di sorveglianza a minacce di morte, abdicazione dello Stato alla criminalità organizzata. Detto in breve: una sentenza-papello.

In realtà, la decisione della Corte costituzionale «meritava e merita commenti più precisi e soprattutto meno unilaterali»⁴³. Così però non è andata, al prezzo di un elevato danno reputazionale. Alla sfiducia del legislatore verso la magistratura di sorveglianza, implicita in ogni automatismo penitenziario, si è infatti aggiunto - seminato a piene mani - il discredito delle Alte giurisdizioni chiamate a valutare la legalità - costituzionale e convenzionale - delle

³⁹ L'assetto originario - introdotto con decreto legge n. 152 del 13 maggio 1991, conv. in legge n. 203 del 12 luglio 1991 - non escludeva, infatti, la possibilità per il reo non collaborante di sottoporre al giudice di sorveglianza la propria richiesta di beneficio o di misura alternativa. La condizionava, semmai, ad un più lungo periodo di detenzione rispetto al reo collaborante, pretendendo altresì l'acquisizione di elementi tali da escludere l'*attualità* di collegamenti con la criminalità organizzata.

⁴⁰ Si rileggano le parole intrise di vibrante indignazione espresse, secondo un *climax* irresistibile, da L. ABBATE, *Perché togliere l'ergastolo ostativo ai boss mafiosi è un gravissimo errore*, in *L'Espresso*, 8 ottobre 2019, da M. TRAVAGLIO, *Fine pena vediamo*, in *Il Fatto Quotidiano*, 11 ottobre 2019, e da Gian Carlo Caselli intervistato da F. FIANO, *Così c'è l'alto rischio che riprendano le loro attività criminali*, in *Corriere della Sera*, 24 ottobre 2019.

⁴¹ L. FERRARELLA, *Automatismi, quella sirena che strega i magistrati*, in *Corriere della Sera*, 21 ottobre 2019.

⁴² L. ERROI, *Fine pena mai. Il carcere a vita e i manettari*, in *La Regione*, 26 ottobre 2019.

⁴³ M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio*, cit., 212. Altrove ho passato in rassegna i principali argomenti polemici adoperati contro la sent. n. 253/2019, contestando il loro fondamento alla luce del giudicato costituzionale: l'argomento ontologico (mafiosi si nasce, mafiosi si muore); l'argomento allarmistico (tutti i boss e i killer mafiosi torneranno in libertà); l'argomento caritatevole (conservare l'ostatività per il bene dei magistrati di sorveglianza); l'argomento del venir meno dell'interesse a collaborare con la giustizia; l'argomento dell'indebolimento dell'art. 41-bis, ord. penit.; l'argomento delle imperdonabili ingenuità (accontentarsi di una regolare condotta carceraria o di dissimulate dissociazioni per aprire le porte della prigione ai boss mafiosi); l'argomento della proprietà transitiva (accesso a misure extramurarie = favore alla mafia, ergo sent. n. 253/2019 = favore alla mafia): cfr. A. PUGIOTTO, *La sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., *passim*.

leggi, accusate di oggettiva collusione con la mafia. L'intera vicenda ha rivelato (specie in alcuni procuratori della Repubblica) una cultura della giurisdizione *part time*, come se il contrasto alla criminalità organizzata possa, anzi debba essere impermeabile alle regole e ai limiti che il costituzionalismo, italiano ed europeo, oppone alle derive dello stato d'eccezione e del diritto penale del nemico.

8. In difesa della competenza diffusa dei giudici di sorveglianza

Terminata la digressione, torno al giudicato costituzionale della sent. n. 253. Esso non iscrive nell'ordinamento una generalizzata fruibilità del beneficio del permesso premio, semmai generalizza la possibilità di domandarne l'ammissione. «Si tratta chiaramente di un obbligo positivo di mezzi e non di risultato»⁴⁴: riconoscere anche al non collaborante il diritto a un giudice che prenda in esame il vissuto carcerario del detenuto e le prospettive, attuali e future, di un suo rientro in sicurezza nel consorzio civile. *Quale* giudice? Il singolo magistrato o il tribunale di sorveglianza?

La concessione del permesso premio è di competenza del giudice di sorveglianza. Lo è anche – per consolidato orientamento giurisprudenziale – il vaglio sull'assenza di collegamenti del richiedente con la criminalità organizzata, una volta stabilita (dal tribunale di sorveglianza) l'utilità della collaborazione prestata (ex art. 58-ter, ord. penit.) ovvero l'inesigibilità di una collaborazione impossibile (ex art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit.).

Ragionare per analogia con queste due ultime disposizioni, così da trasformare la competenza individuale in collegiale⁴⁵, significherebbe cancellare la possibilità di interporre reclamo al tribunale di sorveglianza contro la decisione (positiva o negativa) assunta dal singolo giudice. Comporterebbe anche la perdita di quella necessaria prossimità al detenuto e al suo percorso trattamentale meglio assicurata dal giudice monocratico, privando così del suo prezioso bagaglio di conoscenze la decisione che si vorrebbe affidata all'organo collegiale. Motivata poi con l'opportunità di evitare pericolose sovraesposizioni del singolo magistrato, l'opzione per una competenza collegiale scivola lungo il piano inclinato che potrebbe condurre – per decisione legislativa - all'accentramento nel Tribunale di sorveglianza di Roma⁴⁶. Se accadesse, assisteremmo a una gigantesca messa in scena, in cui tutto cambia perché nulla cambi (o quasi): «il comodo paravento delle preclusioni e delle presunzioni assolute»⁴⁷ sostituito da una responsabilità decisoria nuovamente espropriata a *tutti* gli altri magistrati di sorveglianza, così alludendo ad una loro generalizzata inadeguatezza funziona-

⁴⁴ Sono parole della Corte EDU, sentenza *Viola c. Italia* n°2, cit., §113, ma potrebbero essere trasferite in blocco all'interno della sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale.

⁴⁵ Come ipotizza F. FIORENTIN, *Una decisione "storica"*, cit.

⁴⁶ È la soluzione prospettata (in analogia a quanto attualmente accade per il reclamo avverso al decreto applicativo dell'art. 41-bis, ord. penit.) dal Presidente della Commissione mista per i problemi della magistratura di sorveglianza e dell'esecuzione penale presso il CSM, Sebastiano Ardita: cfr Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, audizione del 10 dicembre 2019.

⁴⁷ M. BORTOLATO, *Sull'ergastolo ostativo serve un punto di equilibrio*, in *Il Sole-24 Ore*, 15 ottobre 2019.

le e abdicando, altresì, al principio di individualizzazione della pena, cui è strumentale la natura diffusa della giurisdizione di sorveglianza. Meglio evitare.

9. Il «pericolo del ripristino» di collegamenti con la criminalità organizzata

Il rischio che la sent. n. 253 si riveli, in concreto, un atto mancato è una variabile dipendente anche dall'onere rafforzato da essa introdotto: la necessità, costituzionalmente imposta da ragioni di prevenzione speciale, di acquisire elementi tali da escludere (non solo l'attualità, ma anche) il «pericolo del ripristino» di collegamenti tra il detenuto e l'originario sodalizio criminale.

Alla lettera, il criterio evoca sciamaniche capacità predittive, trattandosi di un parametro di «problematica aderenza a canoni epistemologici basati sulla materialità dell'oggetto della prova»⁴⁸. Irresistibile sarà la tentazione di farne «un onnivoro contenitore»⁴⁹ per decisioni pilatesche: non più scudato dall'automatismo legislativo di ieri, il giudice accidioso che insegue anche oggi il quieto vivere potrà sempre ipotizzare domani rischi simili, negando perciò il beneficio richiesto.

Arginare una simile deriva interpretativo-applicativa si deve, escludendo valutazioni standardizzate a favore di quelle realmente fondate su «concrete circostanze personali e ambientali», come espressamente richiesto dalla Corte costituzionale (§9). Sono le sole atte a evitare il plateale svuotamento di una sentenza che non ha inteso sostituire la protasi dell'originario automatismo penitenziario con «una presunzione semi-assoluta»⁵⁰: in sé stessa, essa non è costituzionalmente illegittima – si legge testualmente nel §8 - «purché si preveda che tale presunzione sia *relativa*», cioè «possa essere vinta da *prova* contraria». Prova, non vaticinio. Fondata, nel caso di diniego del beneficio penitenziario, su «specifiche informazioni» e su «dettagliate e motivate segnalazioni» delle procure antimafia, non su semplici congetture o generici sospetti.

10. Gli oneri probatori incombenti sul detenuto non collaborante

La sent. n. 253 si colloca sul crinale tra opportunità e fallimento anche in ragione dell'onere probatorio che incomberebbe sul detenuto, quando le informazioni pervenute dalle

⁴⁸ Cass. Sez. I pen., 28 gennaio-12 febbraio 2020, n. 5553, *G.F., N.*, pres. Siani, est. Magi.

⁴⁹ D. GALLIANI, *L'ergastolo e il regime ostativo, ovvero la speranza presa sul serio*, in *Ristretti Orizzonti*, 19 dicembre 2019.

⁵⁰ M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio*, cit., 5, il quale perciò pronostica che «la concessione del permesso premio costituirà un'eccezione alla regola del diniego». Analoga preoccupazione viene espressa da S. ANASTASIA, *Luci e ombre, fake e verità su carcere e permessi*, in *Il Riformista*, 7 dicembre 2019; M. BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società*, cit.; D. CACOPARDO, *La Consulta e i premi ai mafiosi. Le circostanze premiali sono valutate dalla magistratura*, in *Italia Oggi*, 25 ottobre 2019; G. QUARTICELLI, *Ergastolo ostativo. La Consulta ha giurisdizionalizzato la materia, non liberato i mafiosi*, in *lanotiziaweb.it*, 19 novembre 2019.

autorità competenti per l'ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso a lui negativo. È la parte più arditamente innovativa della decisione costituzionale.

Lo è rispetto al quadro normativo vigente⁵¹. In materia di esecuzione e sorveglianza, sul detenuto grava, al più, un onere di allegazione di elementi a supporto della propria richiesta, che non esonera il giudice dai suoi doveri di accertamento. La concessione del permesso avviene sulla base di un procedimento davanti al giudice di sorveglianza che si svolge *de plano*, in assenza di contraddittorio, recuperabile in sede di eventuale reclamo. Il richiedente non è *prima* messo al corrente delle allegazioni contrarie alla sua richiesta, e *dopo* difficilmente potrà contrapporvi «veri e propri elementi di prova» (§9) entro «il risibile termine»⁵² di ventiquattr'ore, concesso dall'art. 30-bis, comma 2, ord. penit., per il ricorso al tribunale di sorveglianza. La condizione di soggetto ristretto in prigione (da lustri, se ergastolano ostativo) rende tutto ancora più ostico. Se poi – come pretende la Corte costituzionale – ciò che deve essere dimostrato è «l'inesistenza di un pericolo in astratto»⁵³, siamo già oltre le colonne d'Ercole della *probatio diabolica*.

Dubbia è anche la matrice di un simile aggravio probatorio, che la Corte costituzionale desume da un'unica pronuncia di Cassazione, risalente ai tempi che furono, quando l'art. 4-bis non prevedeva ancora l'obbligo di collaborare con la giustizia quale *conditio sine qua non*, né tantomeno le ipotesi equivalenti di collaborazione impossibile o inesigibile. Una sentenza che – letta e riletta – non sembra proprio avvalorare «un'inversione *tout court* dell'onere della prova»⁵⁴.

Al dunque, qui la sent. n. 253 rivela una portata esclusivamente «nomopoietica»⁵⁵, che non potrà giovare degli effetti *erga omnes* ed *ex tunc* propri di un accoglimento manipolativo: l'onere probatorio tratteggiato, infatti, è ultroneo rispetto al *thema decidendum* introdotto dai giudici *a quibus*, né risulta incapsulato nel dispositivo della sentenza proprio perché non corrisponde a un requisito costituzionalmente imposto. In assenza di un opportuno e calibrato intervento legislativo in merito, i giudici di sorveglianza si trovano così a operare all'interno di uno scenario procedurale impregiudicato dal punto di vista probatorio⁵⁶.

⁵¹ Cfr. M. BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società*, cit.; F. FIORENTIN, *Una decisione "storica"*, cit.; §3. Prova ne sia che la richiesta di «imporre una inversione dell'onere della prova» del tutto simile a quella ora tratteggiata nella sent. n. 253/2019, è stata rivolta al legislatore, sul presupposto che essa non sia attualmente contemplata: cfr. F. TERESI, *Un boss vuole uscire? Dimostrami lui che ha rotto con il suo clan*, in *Il Fatto Quotidiano*, 8 novembre 2019.

⁵² A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato*, cit., 16 nota 25. Non a caso - per iniziativa della Cassazione, sez. I pen. - pende davanti alla Corte costituzionale la *quaestio* dell'art. 30-bis, comma 3, ord. penit., in relazione all'art. 30-ter, comma 7, ord. penit., nella parte in cui prevede ventiquattr'ore per proporre reclamo al Tribunale di sorveglianza, anziché il termine di quindici giorni stabilito dall'art. 35-bis, ord. penit., per il reclamo giurisdizionale contro gli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti del detenuto: cfr. ord. n. 239 del 13 novembre 2019, in G.U. I Serie speciale, 8 gennaio 2020, n. 2.

⁵³ S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa*, cit., 741.

⁵⁴ Così M. BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società*, cit., al termine dell'esegesi della sentenza di Cassazione, sez. I pen, 12 maggio 1992, n. 1639, richiamata dalla Corte costituzionale.

⁵⁵ F. FIORENTIN, *Una decisione "storica"*, cit.

⁵⁶ Sarà interessante monitorare, alla loro ripresa, il seguito della sentenza n. 253 nei due giudizi principali sospesi a Perugia e a L'Aquila: un seguito non scontato, anche in ragione del concetto di rilevanza della *quaestio* (quale applicabilità della norma impugnata nel giudizio *a quo*, «senza che rilevino gli effetti di una eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale per le parti in causa») assunto nella pronuncia della Corte costituzionale.

11. Un «*tertium genus*» tra collaborazione prestata e collaborazione inesigibile

Delimitare l'esatto perimetro entro il quale si sprigionano gli effetti della sent. n. 253 s'impone anche per tentare una risposta a un quesito non banale: le ipotesi di collaborazione comunque inesigibile sopravvivono al giudicato costituzionale?

Non è un quesito ozioso. Con una catena di pronunce omogenee⁵⁷, la Cassazione penale ha concluso nel senso dell'assenza di interesse all'accertamento dell'inesigibilità di una collaborazione con la giustizia (ex art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit.) finalizzato alla concessione del beneficio del permesso premio. E ciò in ragione della scomparsa dell'originaria preclusione assoluta dell'art. 4-bis, comma 1, determinata dalla sent. n. 253/2019, la cui normativa di risulta avrebbe abrogato per incompatibilità la previsione legislativa in tema di collaborazione impossibile o inesigibile⁵⁸. Che senso avrebbe – è il sottinteso – accertare una condizione necessaria a superare un'ostatività che non esiste più?

Proviamo a unire i puntini, per vedere se davvero questo è il risultato finale. O se, invece, la mancata collaborazione rappresenti – nella complicata trama dell'art. 4-bis, ord. penit. - un «*tertium genus*»⁵⁹ che ora si affianca alle preesistenti ipotesi dell'utile collaborazione con la giustizia (comma 1) e della equipollente collaborazione impossibile o inesigibile (comma 1-bis).

Il primo dato certo è che il *thema decidendum* prospettato e risolto dalla sent. n. 253 non include il comma 1-bis dell'art. 4-bis che, dunque, non è colpito dall'accertata illegittimità, né direttamente né consequenzialmente. E poiché il *decisum* fa cadere l'originario automatismo penitenziario limitatamente al beneficio del permesso premio, è altrettanto certo che il comma 1-bis dell'art. 4-bis continua a rappresentare – in alternativa alla scelta di collaborare - il *passe-partout* per superare la preclusione all'accesso a tutte le altre misure alternative, rispetto alle quali essa conserva ancora la sua originaria natura assoluta.

È vero che il ricordato orientamento nomofilattico è circoscritto alla sola ipotesi dell'accesso al permesso premio. Tuttavia, il detenuto che lo richiede può vantare comunque

nale (cfr. §6). Per il primo caso di adeguamento alla sentenza n. 253 in altro giudizio diverso da quelli principali, vedi D. ALIPRANDI, *Ergastolo ostativo, dalla Cassazione il primo "sì" al permesso premio*, in *Il Dubbio*, 3 gennaio 2020.

⁵⁷ Cfr. Cass., sez. I pen., 14-27 gennaio 2020, n. 3307, *P.G.*, pres. Mazzei, est. Minchella; Cass., sez. I pen., 14-27 gennaio 2020, n. 3308, *L.S.*, pres. Mazzei, est. Minchella; Cass., sez. I pen., 14-27 gennaio 2020, n. 3309, *S.F.*, Pres. Mazzei, est. Minchella; Cass., sez. I pen., 14-27 gennaio 2020, n. 3310; *A.V.*, pres. Mazzei, est. Minchella; Cass., sez. I pen., 14-27 gennaio 2020, n. 3311, *P.D.*, Pres. Mazzei, est. Minchella; Cass., sez. I pen., 14-27 gennaio 2020, n. 3313, *C.V.*, pres. Mazzei, est. Minchella; Cass., sez. I pen., 14-27 gennaio 2020, n. 3314, *M.E.*, pres. Mazzei, est. Minchella.

⁵⁸ Con identica motivazione, tutte le sentenze citate concordano sul medesimo assunto: in concreto, «poiché il presupposto della collaborazione impossibile o inesigibile era stato introdotto nell'ordinamento quale sorta di contraltare alla collaborazione effettiva con la giustizia, una volta venuto meno l'assoluta necessità della sussistenza di quest'ultima per poter accedere al permesso-premio viene a perdere rilievo e giustificazione anche la prima».

⁵⁹ M. BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società*, cit.

un interesse all'attestazione di una collaborazione impossibile o inesigibile, e per più motivi. Alcuni li abbiamo già incontrati. La diversa competenza, innanzitutto: sulla meritevolezza del detenuto non collaborante ad accedere al beneficio penitenziario decide l'organo monocratico secondo un procedimento non partecipato, mentre è l'organo collegiale ad accertare in contraddittorio la natura esigibile o meno della collaborazione. Il diverso regime istruttorio, poi: gli oneri incombenti sul detenuto non collaborante pretesi dalla sent. n. 253/2019 appaiono più gravosi di quelli richiesti a dimostrazione di una collaborazione impossibile o inesigibile (circoscritti all'allegazione di elementi suffraganti l'inesigibile apporto collaborativo e all'assenza di una pericolosità sociale *attuale*, non anche al pericolo di ripristino di *futuri* collegamenti con l'originario sodalizio criminale).

Né, infine, va sottovalutata l'utilità di vedere accertata una collaborazione impossibile o inesigibile quale elemento concorrente a prevenire giudizi negativi sulla meritevolezza del beneficio richiesto: infatti, «una cosa è la posizione di chi “oggettivamente può, ma soggettivamente non vuole”, altra cosa è quella di chi “soggettivamente vuole, ma oggettivamente non può»⁶⁰. Tra la scelta di non collaborare e l'impossibilità di farlo esiste una «percepibile differenza ontologica»⁶¹ in termini di disvalore, che potrà influenzare la prognosi giurisdizionale circa la pericolosità sociale del detenuto.

A conti fatti, l'«ipotesi di “collaborazione non prestata” (...) si configura, dunque, come un “*tertium genus*” tra la collaborazione positivamente prestata e quella impossibile/inesigibile»⁶². *Melius re perpensa*, è anche l'approdo del più recente arresto giurisprudenziale di Cassazione⁶³ che, smentendo i precedenti, esclude un'abrogazione per incompatibilità dell'art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit., in ragione dell'intervenuta sent. n. 253/2019: il *novum* da essa portato «introduce una opzione decisoria aggiuntiva che il reclamante può chiedere di attivare» ai fini di accesso al permesso premio, «non proponibile in precedenza»⁶⁴.

12. Conto alla rovescia per il superamento dell'ergastolo ostativo

A questo punto, il destino del c.d. ergastolo ostativo appare davvero segnato. Formalmente, la sent. n. 253 non lo sfiora neppure⁶⁵: in assenza di una collaborazione utile ed

⁶⁰ A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato*, cit., 9; in senso analogo anche M. BORTOLATO, *Il futuro rientro della società*, cit.

⁶¹ Lo riconosce ora la Cassazione, sez. I, pen., nel suo *overruling*: vedi, *infra*, nota 63.

⁶² F. FIORENTIN, *Una decisione “storica”*, cit..

⁶³ Cass., sez. I pen., 28 gennaio-12 febbraio 2020, n. 5553, *G.F., N.*, pres. Siani, est. Magi.

⁶⁴ Realisticamente – come è stato osservato in dottrina – rappresenterà una «via di fuga» per chi ritiene non sussistenti le condizioni per vedersi riconoscere l'impossibilità o l'inesigibilità della propria collaborazione, e per chi già ha avuto in proposito una decisione negativa dal tribunale di sorveglianza adito precedentemente (cfr. A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato*, cit. 17).

⁶⁵ «Le questioni di legittimità costituzionale sollevate non riguardano la legittimità costituzionale della disciplina relativa al cosiddetto ergastolo ostativo»: così, perentoriamente, si legge al §5.2. In realtà, qualcosa già comincia a muoversi all'interno del regime generale della pena perpetua, anche in ragione dell'evoluzione giuri-

esigibile con la giustizia, infatti, continua a rimanere precluso l'accesso alla liberazione condizionale per chi è stato condannato alla pena perpetua in ragione di uno dei reati assolutamente ostativi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. Si tratta però di una scadenza solo rinviata, incerta nel *quando* ma ragionevolmente sicura nell'*an*.

La *ratio decidendi* della sent. n. 253 – come si è visto – trascende il solo beneficio penitenziario del permesso premio per censurare la natura assoluta di una presunzione che, proprio perché tale, osta illegittimamente a qualsiasi altra misura alternativa alla detenzione (liberazione condizionale compresa).

I principi di progressività trattamentale e di individualizzazione della pena, entrambi costituzionalmente imposti, esigono il superamento di uniformanti automatismi penitenziari, anche al fine di consentire al permesso premio – ora accessibile all'ergastolano non collaborante – di dispiegare quella «funzione pedagogico-propulsiva» al recupero sociale che la Corte costituzionale gli riconosce⁶⁶.

Vanno in tale direzione anche sensate considerazioni pragmatiche. È statisticamente provato che la prospettiva di un reinserimento sociale abbatte i tassi di recidiva. La scala della progressione trattamentale non può allora fermarsi al suo primo gradino, se davvero s'intende evitare che il detenuto inciampi di nuovo nel reato: il rischio di alzare la saracinesca dell'ostatività per i soli permessi premio è che l'ergastolano ostativo, non avendo null'altro da perdere se non le proprie catene, accarezzi l'idea di non fare rientro in carcere alla scadenza del beneficio⁶⁷.

Più in generale, secondo Costituzione puniamo qualcuno per averlo poi indietro, possibilmente cambiato⁶⁸: *il fine della pena, dunque, incapsula la fine della pena*. Vale anche per il carcere a vita, in tutte le sue varianti. Come insegna la giurisprudenza costituzionale, infatti, «se la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, *vale evidentemente la proposizione reciproca*»⁶⁹.

sprudenziaria a Roma ed a Strasburgo: cfr. Cass., sez. I pen., 3 maggio-10 ottobre 2019, n. 41649, *F.V.*, pres. Sandrini, est. Cairo, che riconosce anche all'ergastolano ostativo, avendo subito un periodo di detenzione in condizioni inumane, di optare tra il rimedio riparatorio della riduzione di pena o il ristoro pecuniario (ex art. 35-ter, ord. penit.). E ciò (anche) in ragione della reversibilità della scelta di non collaborare con la giustizia ovvero della possibilità che durante il trattamento possa esserne riconosciuta la non esigibilità. Con ciò, la Cassazione si discosta dalla differente interpretazione della Corte costituzionale che, per il detenuto ergastolano, esclude il rimedio in forma specifica ammettendo il solo ristoro integrale pecuniario: cfr. sent. n. 204/2016, problematicamente annotata da A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene temporanee: il rebus dei rimedi ex art. 35-ter o.p., per inumana detenzione*, in *Giur. Cost.* 2016, 1449 ss.; F. FIORENTIN, *Un primo passo verso la "messa a regime costituzionale" del risarcimento per inumana detenzione dei condannati all'ergastolo*, *ivi*, 1463 ss.

⁶⁶ Così la sent. n. 253/2019 (§8.2), ma già in senso analogo la Corte costituzionale si era espressa nelle sentt. nn. 504/1995, 445/1997, 257/2006.

⁶⁷ L'argomentazione è stata prospettata dalla Presidente del Tribunale di sorveglianza di Roma, Maria Antonia Velardi: cfr. Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, audizione dell'11 dicembre 2019.

⁶⁸ Lo ribadisce la stessa sentenza n. 253, laddove declina la finalità rieducativa della pena come «recupero del reo alla vita sociale» (§8).

⁶⁹ Sent. n. 161/1997, corsivo aggiunto. Sul particolare rilievo assegnato dalla Corte costituzionale all'istituto della liberazione condizionale, cfr. anche le sentt. nn. 204/1974, 264/2014, 274/1983 e 282/1985. Per una ricostruzione della storia italiana del carcere a vita vedi, da ultimi, E. FASSONE, *L'ergastolo e il diritto alla spe-*

Ecco perché l'esplicita richiesta che ci arriva dalla Corte di Strasburgo, attraverso la sentenza *Viola c. Italia n°2*, «di attuare, di preferenza per iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo [ostativo], che garantisca la possibilità di riesame della pena» (§143), è «in verità già scolpita nella Costituzione»⁷⁰. Evitando di dichiarare in via consequenziale l'illegittimità della preclusione assoluta (anche) alla liberazione condizionale, la Corte costituzionale ha regalato tempo al Parlamento, affinché faccia ciò che è tenuto a fare. Latitante il legislatore, sarà la parte costituzionalmente più sensibile della magistratura di sorveglianza o la sezione più illuminata della Cassazione penale a porre il vizio strutturale dell'ergastolo ostativo all'attenzione del Giudice delle leggi, questa volta invocando a parametro (anche) l'art. 117, comma 1, Cost.⁷¹

Il *final countdown*, con le sentt. nn. 253 e 263/2019, è già cominciato.

ranza, in *Quest. Giust.*, 24 febbraio 2020, nonché – con specifico riferimento alla sua variante ostativa – M.E. SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione "fuori" dal carcere*, in *Indice Pen.*, 2019, fasc. 1, 59 ss. Non diversamente è orientata la giurisprudenza della Corte EDU – a partire dalla sentenza Grande Camera, *Vinter c. Regno Unito*, 9 luglio 2013 - che esclude il contrasto con l'art. 3 CEDU di una pena perpetua solo se riducibile *de jure* e *de facto*. Per una sua visione d'insieme vedi, per tutti, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, in E. DOLCINI-E. FASSONE-D. GALLIANI-P. PINTO DE ALBUQUERQUE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 221 ss.

⁷⁰ R. DE VITO, *Travisamenti e realtà dell'ergastolo ostativo*, in *volerelaluna.it*, 22 ottobre 2019. È dunque da ignoranti – nel senso etimologico di chi ignora ciò di cui pure parla – sostenere che l'ostatività «rendeva l'ergastolo una cosa seria: cioè "fine pena mai", non trattabile», mentre ora - grazie alle «anime belle» di Strasburgo - «improvvisamente e inopinatamente, questo principio di minima civiltà diventa un "trattamento inumano o degradante"» (M. TRAVAGLIO, *Fine pena vediamo*, cit.). O affermare, con altrettanta sicumera, che l'espressione "ergastolo ostativo" è una tautologia, dato che «un ergastolo dovrebbe essere "ostativo" di *default*: l'aggettivo è superfluo» (F. CARRARO, *Ergastolo ostativo: se Strasburgo confonde la giustizia con la clemenza*, in *Il Fatto Quotidiano*, 21 ottobre 2019).

⁷¹ Per un'ipotesi di atto di promovimento costruito al fine di prospettare alla Corte costituzionale la relativa *quaestio legitimitatis*, oggi più che mai attuale in ragione dei più recenti approdi delle due Corti dei diritti, vedi A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 13 luglio 2016.