

***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)****

di **Marta Mengozzi** – Ricercatrice in Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università di Roma
"Tor Vergata"

ABSTRACT: The Italian Constitutional Court, with decision n. 253/2019, declared unconstitutional art. 4-*bis* of Penitentiary Act, which prohibits to admit to penitentiary benefits persons convicted for certain crimes (e.g. crimes related to mafia associations) that have not cooperated with justice (unless cooperation is considered impossible or irrelevant). The paper analyses the reasoning of the Court. Although the decision concerns only the premium-permission, it is possible to predict that soon there will be new constitutional judgments relating to other benefits, with special reference to conditional release; in fact, today, notwithstanding the recent decision of ECHR in case *Viola v. Italy*, the problem of life imprisonment without parole for persons under art. 4-*bis* is still unsolved.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I possibili percorsi argomentativi – 3. La scelta della Consulta sulle questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 4-*bis* ord. pen. – 3.1. Lo scambio tra informazioni utili e normale percorso di trattamento penitenziario: la libertà di non collaborare. – 3.2. La funzione «pedagogico-propulsiva» del permesso premio – 3.3. L'irragionevolezza della

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

presunzione assoluta di pericolosità sociale – 3.4. Le indicazioni date al giudice – 4. Resta irrisolto il problema dell'ergastolo ostativo.

1. Premessa

Nei quasi trent'anni di vigenza dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975 n. 354), introdotto dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. con mod. in legge 12 luglio 1991, n. 203) e poi più volte modificato, le relative norme sono state in diverse occasioni oggetto del sindacato costituzionale; ma il giudice delle leggi si è limitato ad accogliere, nel tempo, solo questioni relative a singoli e particolari aspetti della disciplina¹, respingendo quelle che ne intaccavano l'impianto generale e le scelte di fondo che essa esprime².

Tuttavia, negli anni più recenti, sia una rinnovata attenzione della giurisprudenza costituzionale alla funzione rieducativa della pena³ ed al connesso tema degli automatismi legislativi in materia⁴, sia le posizioni assunte dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo sul tema dell'ergastolo e, con particolare riferimento al caso italiano, proprio in relazione al rapporto tra tale condanna e la disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.⁵ avevano fatto ipotizzare un possibile mutamento di paradigma da parte della Consulta sul tema.

C'era, dunque, molta attesa⁶ rispetto all'esito delle nuove questioni di legittimità costituzionale sollevate con due ordinanze⁷ che, con argomentazioni in buona parte analoghe, hanno riportato

¹ Cfr. Corte Cost., sentenze n. 239 del 2014, n. 137 del 1999, n. 445 del 1997, n. 504 e 68 del 1995, n. 357 del 1994 e n. 306 del 1993.

² V. in particolare, sentt. nn. 306 del 1993, n. 273 del 2001 e n. 135 del 2003, relativa, quest'ultima, proprio al problema dell'ergastolo.

³ Cfr. sent. n. 149/2018; 222/2018 e 40/2019.

⁴ Cfr., in particolare, Corte Cost., n. 149 del 2018 per il rilievo e la forza di alcune affermazioni ivi contenute (sul punto, si tornerà più avanti, nel testo); ma anche Corte Cost., sent. n. 185 del 2015; n. 48 del 2015; n. 231 del 2011.

⁵ Ci si riferisce al recentissimo caso *Viola c. Italia* (n. 2), Corte edu, sez. I, 13 giugno 2019, su cui v. *infra*.

⁶ Sulle aspettative manifestate dagli studiosi del tema, cfr. in particolare gli atti del seminario *Amicus Curiae* svoltosi a Ferrara il 27 settembre 2019, 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*, 10/2019; nonché i diversi scritti raccolti in E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino 2019.

⁷ Corte Cass., sez. I pen., ord. 20.12.2018, n. 59 (r.o.) e Trib. Sorv. Perugia, ord. 28.5.2019, n. 135 (r.o.). I due atti di remissione presentano, tra loro, alcune differenze, la più rilevante delle quale sta nel titolo della condanna del richiedente (v. quanto più diffusamente ricordato *sub* nota 10); la Corte, tuttavia, non ha dato uno specifico rilievo alle peculiarità di due casi, valorizzando, piuttosto, i molti tratti comuni.

davanti alla Corte costituzionale i dubbi di legittimità più “strutturali” posti dal meccanismo della c.d. ostatività. Quest’ultimo, come è noto, nella sua configurazione definitivamente assunta a partire dalle modifiche introdotte con d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (conv. con mod. in legge 7 agosto 1992, n. 356), consiste nella previsione in base alla quale, per taluni reati di particolare gravità e connotati (per lo più)⁸ da una dimensione associativa, la mancata collaborazione con la giustizia ai sensi dell’art 58-ter del medesimo ord. pen. impedisce in radice l’accesso dei condannati a tutti i benefici penitenziari (con l’unica eccezione della liberazione anticipata⁹), a meno che la collaborazione non risulti irrilevante o impossibile¹⁰.

2. I possibili percorsi argomentativi

Entrambi i rinvii prendevano le mosse da richieste di permessi premio formulate da persone condannate alla pena dell’ergastolo per reati cui è applicabile la disciplina di cui al citato art. 4-bis¹¹, inammissibili in assenza di una loro possibile collaborazione utile con la giustizia.

Le relative questioni, imperniate sulla compatibilità della disciplina in parola con gli artt. 3 e 27 Cost., erano assai complesse, venendo in rilievo molteplici temi e problemi, tutti fortemente

⁸ Va ricordato che i reati cui si applica la disciplina in parola sono in progressivo e disordinato aumento, costituendo ormai, come la Corte costituzionale ha riconosciuto in diverse pronunce, un “complesso, eterogeneo e stratificato elenco” (sent. n. 188 del 2019, n. 32 del 2016, n. 239 del 2014 oltre che nella sent. n. 253 del 2019 in commento): senza poter fare qui un elenco completo, si va da quelli legati alle attività delle associazioni di tipo mafioso, a quelli commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico, a quelli di associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti, o ai reati di riduzione o mantenimento in schiavitù, di prostituzione o pornografia minorili, fino a molti reati contro la pubblica amministrazione, come, da ultimo, previsto dalla legge n. 3 del 2019.

⁹ Consistente in una operazione “matematica” di detrazione di quarantacinque giorni dalla condanna per ogni singolo semestre di pena scontata, per colui che abbia dato prova di partecipazione all’opera di rieducazione (art. 54 ord. pen.).

¹⁰ Più precisamente, il comma 1-bis dell’art. 4-bis (introdotto per tenere conto di diverse pronunce della Corte costituzionale) consente l’accesso ai benefici «purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» nei casi in cui risulti impossibile un’utile collaborazione con la giustizia per «la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna» ovvero per «l’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile»; oppure quando la collaborazione offerta sia «oggettivamente irrilevante» e al condannato siano state riconosciute determinate attenuanti.

¹¹ In un caso (quello di cui all’ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Perugia), si trattava del delitto di associazione di tipo mafioso, di cui all’art. 416-bis c.p., essendo il reo un vero e proprio *intraneus* rispetto all’organizzazione criminale; nell’altro (quello pendente davanti alla Cassazione), invece, il condannato era un concorrente esterno, una persona, cioè, non affiliata ma che aveva agito al fine di agevolare l’attività di un’associazione mafiosa.

connessi tra loro (anche nella prospettazione delle ordinanze), ma riconducibili, a ben vedere¹², ad almeno due diversi percorsi argomentativi: da un lato, quello legato alla legittimità costituzionale della pena perpetua, che assume specifici caratteri in ragione dell'applicazione del regime dell'ostatività, finendo per configurarsi come una condanna realmente “senza scampo”¹³; dall'altro, quello della accettabilità, in termini di ragionevolezza e finalizzazione rieducativa della pena, della «equiparazione assoluta» che pone la norma «tra la mancata collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. pen. e la condizione di perdurante pericolosità sociale del condannato»¹⁴, qualsiasi tipo di pena (perpetua o temporanea) gli sia stata comminata.

Il primo aspetto è senz'altro quello dai risvolti più drammatici. Nei suoi tratti più generali, la questione dell'accettabilità costituzionale della detenzione a vita – alla quale, nella sua astratta configurazione, può imputarsi (limitandoci qui ai rilievi più evidenti) di non essere rivolta al recupero sociale del condannato, di disconoscere le evoluzioni e lo svolgimento della sua personalità nel tempo, di essere contraria al senso di umanità, e di condividere qualcosa, nella sua assolutezza e nei suoi presupposti di irrecuperabilità, con la pena di morte – accende da decenni il dibattito scientifico e politico, fin dalla discussione in Assemblea costituente, nel corso della quale venne proposto, e respinto, un emendamento volto a introdurre nella Carta la regola che le pene detentive dovessero necessariamente avere un termine e, in particolare, non potessero eccedere i quindici anni¹⁵. Il tema resta sempre presente, nel corso della storia repubblicana, sia nella vita politica¹⁶ sia nella riflessione scientifica¹⁷; con ulteriori sviluppi dopo che la riforma costituzionale

¹² Come rilevato con grande lucidità da F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis. Relazione introduttiva*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., 1 s.

¹³ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli 2016

¹⁴ Così, l'ordinanza di remissione della Corte di Cassazione, par. 4.

¹⁵ L'emendamento fu proposto da Nobile e Terracini, in occasione dell'adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione, nella seduta antimeridiana del 25 gennaio 1947 (per i lavori dell'Assemblea costituente, v. www.nascitacostituzione.it). Sul dibattito relativo all'art. 27 Cost., cfr. anche, tra i molti, C. DANUSSO, *Ergastolo e Costituzione: il dibattito del 1956*, in *Historia et ius*, 14/2018, 2 s.; S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma 2009, 24 ss.

¹⁶ Tra gli eventi più significativi è sufficiente ricordare il *referendum* abrogativo promosso dal Partito Radicale nel 1981, conclusosi con una netta affermazione del no; e i numerosi progetti di legge volti all'abolizione di tale pena, che, tuttavia, non hanno mai visto la luce, tra i quali merita una menzione particolare il disegno di legge proposto dalla sen. Ersilia Salvato nella XIII legislatura, approvato dal Senato il 30 aprile 1998 (S.211), senza che poi seguisse la votazione favorevole da parte della Camera dei Deputati. Sul progetto, v. S. SENESE, *Per l'abolizione dell'ergastolo. Relazione al Senato della Repubblica*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, cit., 61 ss.

¹⁷ Tra i più autorevoli e risalenti critici di questa pena, v. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma 1946, 80 s., che definisce l'ergastolo «una pena di morte diluita giorno per giorno»; ID., *La pena dell'ergastolo è costituzionale?* in *Riv. Dir. Proc.*, XI, I, 1956, 1 ss.; sulle polemiche che hanno circondato l'ordinanza della Cassazione

del 2 ottobre 2007 (legge cost. n. 1/2007) ha definitivamente espunto la pena di morte dal nostro sistema costituzionale, abolendo anche l'eccezione presente nel testo originario per i casi previsti dalle leggi militari di guerra¹⁸.

Come è noto, la giurisprudenza costituzionale in materia si è assestata su una posizione che gode di largo consenso, affermando, a partire dalla sentenza n. 264 del 1974 e, poi, con più nettezza con le sentenze n. 274 del 1983 e n. 161 del 1997, che la Costituzione non ammette l'esclusione permanente di una persona dal consorzio sociale, per cui la previsione in astratto della pena a vita è legittima solo in quanto esista la possibilità, dopo un certo numero di anni, attraverso l'istituto della liberazione condizionale¹⁹, che il condannato sia reinserito nella collettività, al ricorrere dei presupposti di legge: la disciplina vigente richiede il sicuro «ravvedimento», da accertare con un procedimento che si svolge davanti a un giudice²⁰.

A questi orientamenti si è rifatta, invero, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo quando è stata chiamata a valutare se la pena a vita integri una violazione dell'art. 3 Cedu, recante il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, affermando che tale violazione si dà laddove la condanna non offra concrete possibilità di riduzione e/o di reinserimento sociale. Dopo le prime applicazioni ancora incerte di tale principio²¹, almeno a partire dalla sentenza della Grande Camera

del 16 giugno 1956, che ha impedito che la questione giungesse alla Corte costituzionale, con una valutazione di manifesta infondatezza, cfr. P. CALAMANDREI, *Sulla nozione di "manifesta infondatezza"*, in *Riv. Dir. proc.*, 1956, XI, II, 1694 ss.; per una visione d'insieme del dibattito di quegli anni, v. C. DANUSSO, *Ergastolo e Costituzione: il dibattito del 1956*, cit., 1 ss. Un «giudizio negativo» sull'ergastolo è dato, alcuni anni dopo, nel corso delle sue lezioni, da A. MORO, *La funzione della pena. Lezione del 13 gennaio 1976 nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli studi di Roma*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, cit., 137 ss. Più recentemente, v. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma 2012, 113 ss.; nonché diversi saggi pubblicati in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, cit.; nonché G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, 2/2015.

¹⁸ Sul rilievo di tale riforma, anche con riferimento al tema in oggetto, v. A. PUGIOTTO, *Pena di morte e dignità umana*, in *lifeimprisonment.eu*, 2018; nonché ID., *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in *Quad. Cost.*, 2011, 573 ss.

¹⁹ Art. 176 c.p., come modificato dalla legge n. 1643 del 1962 che ha appunto esteso la possibilità di applicazione dell'istituto anche ai condannati all'ergastolo, dopo che avessero scontato 28 anni di pena; il limite poi è stato abbassato a 26 dalla legge n. 663 del 1986, e può essere ulteriormente ridotto mediante l'applicazione dell'istituto della liberazione anticipata (a sua volta applicabile in virtù della sent. Corte Cost. n. 274/1983). Tra le sentenze citate nel testo, è soprattutto la n. 161 del 1997 a contenere le affermazioni più decise. Particolarmente chiara, ad esempio, è quella secondo cui «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» (punto 6 del Considerato in diritto).

²⁰ Come richiesto dalla stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 1974.

²¹ Con la decisione *Kafkaris c. Cipro* del 2008 nella quale, all'enunciazione del principio, si è però accompagnata l'esclusione della violazione da parte dello Stato in ragione dell'esistenza nell'ordinamento di un istituto di applicazione

Vinter e altri c. Regno Unito, del 2013, i giudici di Strasburgo hanno consolidato questa posizione²², indicando come necessaria per la legittimità convenzionale della pena perpetua l'esistenza di meccanismi che *de jure* e *de facto* consentano la revisione dell'esecuzione dopo un certo numero di anni (non più di venticinque, secondo le indicazioni che la Corte trae da dati di diritto comparato e internazionale)²³. E proprio in questo filone si inserisce l'importante pronuncia sulla disciplina italiana dell'ergastolo ostativo assunta dalla Corte edu, sez. I, nel caso *Viola c. Italia* (n. 2), il 13 giugno 2019 e divenuta definitiva il successivo 7 ottobre²⁴; in tempi, dunque, assai ravvicinati rispetto alla decisione della Corte costituzionale italiana. Con tale sentenza, il giudice di Strasburgo ha sostanzialmente affermato che la presunzione assoluta di pericolosità sociale legata all'assenza di collaborazione con la giustizia priva il condannato di ogni prospettiva realistica di liberazione, impedendogli di dimostrare, dopo molti anni, che non esiste più «alcun motivo legittimo di ordine penologico»²⁵ che giustifichi il proseguimento della detenzione e che, pertanto, ciò determina una violazione dell'art. 3 Cedu., collegando per sempre la pericolosità dell'interessato al momento in cui sono stati commessi i delitti, invece di valutare il suo percorso di reinserimento e i progressi compiuti. Né può dirsi che la mancata collaborazione sia sempre legata ad una scelta

fortemente discrezionale quale la grazia presidenziale. La giurisprudenza successiva ha poi segnato un deciso superamento di tale importazione: tra le più recenti, v. la sentenza *Petukhov c. Ucraina* (n. 2), del 12 marzo 2019, che ha giudicato insufficiente ad evitare che l'ergastolo possa essere considerata pena inumana e degradante la sola possibilità della grazia presidenziale, in quanto intesa come provvedimento di clemenza con scopi umanitari, non connesso con un giudizio sulla riabilitazione.

²² I relativi principi sono stati, infatti, poi ripresi in diverse occasioni: sia nella sentenza *Murray c. Paesi Bassi*, del 2016, anch'essa assunta dalla Grande Camera, sia in diverse altre decisioni di sezioni semplici (v., ad esempio: sez. IV, *Trabelsi c. Belgio*, del 2014; sez. II, *Lázló Magyar c. Ungheria*, del 2014; sez. IV, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, del 2016). Vi è stata, invero, una "battuta di arresto" nell'ambito di tale filone, con il caso, deciso ancora una volta dalla Grande Camera, *Hutchinson c. Regno Unito*, nel 2017. Ma si è trattato di una sentenza isolata nell'ambito di una giurisprudenza coerente e univoca.

²³ Cfr. punti 120, 117 e 118 della citata sentenza *Vinter*.

²⁴ A seguito della pronuncia del collegio di cinque giudici della Grande Camera che ha respinto la richiesta di rinvio formulata dal governo italiano ai sensi dell'art. 43 Cedu. A commento della decisione v., *ex multis*, D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in questa *Rivista*, 4/2019; A. MARTINO, *L'ergastolo "ostativo" alla prova della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *diritticomparati.it*, 15 luglio 2019; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *www.sidiblog.org*, 21 giugno 2019.

²⁵ Par. 128.

libera e volontaria del reo, o che sia «giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza»²⁶.

L'altro percorso argomentativo, invece, è imperniato più direttamente sul complesso e controverso parametro della ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, sindacando su un piano più generale la scelta legislativa di porre la mancata collaborazione come presunzione non superabile di perdurante pericolosità sociale. Questo tipo di *iter* logico va a colpire il meccanismo in sé, indipendentemente dal tipo di condanna cui è applicato, perché se esso pone una presunzione arbitraria o irrazionale, non è accettabile per nessun tipo di condanna, neppure per quelle a termine, sebbene per queste ultime il problema si ponga in termini meno tragici. Si tratta di un'impostazione del tema che, per un verso, è dotata di una portata più ampia²⁷, ma, per altro verso, si muove, a differenza dell'altra, su un piano efficacemente definito come «assiologicamente quasi neutro»²⁸.

3. La scelta della Consulta sulle questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 4-bis ord. pen.

Le due ordinanze di remissione contenevano, invero, entrambi gli approcci, ponendosi in un certo senso all'intersezione tra le due strade, trattando il problema della perpetuità della pena per l'ergastolano ostativo non collaborante, ma argomentando soprattutto in termini di ragionevolezza della preclusione assoluta su cui è incentrato il meccanismo che impedisce l'accesso ai benefici.

Il giudice delle leggi non ha tradito le attese di un intervento strutturale sul meccanismo dell'ostatività, e lo ha fatto imboccando decisamente la seconda via – indicata come «più agevole»²⁹ anche da autorevoli voci in dottrina – lasciando al di fuori del perimetro della propria decisione il problema dell'ergastolo e concentrandosi, piuttosto, sul parametro della ragionevolezza, sia pure letto in relazione al finalismo rieducativo (o meglio, risocializzativo) della pena.

²⁶ Par. 118, nel quale il giudice internazionale cita, a supporto, quanto riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 306 del 1993; cfr. anche par. 117 e 119.

²⁷ Anche chi lo ha considerato un approccio a prima vista più circoscritto ha infatti avuto modo di chiarire ciò può dirsi «solo apparentemente»: F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, cit., 8.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Ancora una volta ci si riferisce alla illuminata analisi preventivamente compiuta da F. PALAZZO, *op. cit.*

Così, la Corte ha collocato le questioni nell'ambito di un suo ormai consolidato filone giurisprudenziale – di crescente importanza³⁰, soprattutto in relazione a norme di tipo sanzionatorio (anche *lato sensu*) o cautelare, che vanno ad incidere su diritti costituzionali – relativo agli automatismi legislativi, censurati come illegittimi quando arbitrari o irrazionali e non corrispondenti a dati di esperienza generalizzata, all'*id quod plerumque accidit*. In questi casi, quello che viene colpito dalla dichiarazione di illegittimità è il carattere assoluto di tali presunzioni, la loro inderogabilità, in modo da restituire al giudice lo spazio valutativo sul caso concreto.

Se questa parte – sulla quale si tornerà nel prosieguo – rappresenta senz'altro il cuore della sentenza, occorre, però, riconoscere che il giudice delle leggi non si limita a tale argomento, ma, schematizzando le valutazioni che conducono all'accoglimento in tre distinti profili, arricchisce il ragionamento di due punti ulteriori, contenenti considerazioni meno neutre sotto il profilo assiologico, ma, anzi, ricche di spunti e di implicazioni, anche future³¹.

3.1 Lo scambio tra informazioni utili e il normale percorso di trattamento penitenziario: la libertà di non collaborare

Così, in primo luogo, la Corte riconosce che il meccanismo «è espressione di una trasparente opzione di politica investigativa e criminale», che «prefigura una sorta di scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario»³². Mentre la collaborazione consente al reo un percorso di esecuzione ancora più agevole per l'accesso ai benefici rispetto a quello dei condannati “non ostativi” (non dovendosi attendere le soglie di pena ordinariamente previste), la sua mancanza produce

³⁰ Cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 2013, che cita come «storico esempio» la sentenza n. 303 del 1996. Molte le decisioni riconducibili a questo indirizzo, già negli anni novanta del secolo scorso (cfr., tra le altre, sentt. n. 297 del 1993; 220 del 1995; 240 del 1997; n. 2 del 1999) e poi nell'ultimo ventennio (ad esempio, sentt. n. 253 del 2003; nn. 78 e 144 del 2005, n. 265 del 2010, nn. 164 e 231 del 2011, n. 31 del 2012), e anche in anni molto recenti (sentt. nn. 48 e 185 del 2015, n. 286 del 2016 e n. 149 del 2018). Molti precedenti, peraltro, sono riportati dalla stessa Corte nella sentenza n. 253 del 2019, al punto 8.3 del Considerato in diritto.

³¹ Rileva che i primi due punti attendono a profili della norma incidenti sulla vita penitenziaria e il terzo al diverso profilo della compressione dei poteri della magistratura S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 3/2019.

³² Punto 8.1 del Considerato in diritto.

conseguenze negative rispetto al regime comune. E se, afferma la Corte, il trattamento premiale è giustificabile - sul piano del rilievo che la collaborazione assume rispetto alla rottura del sodalizio criminale, dell'utilità assunta per lo Stato e ai fini della valutazione del percorso rieducativo -, l'aggravamento del regime di esecuzione della pena per chi non voglia contribuire attivamente a finalità investigative e di repressione penale dello Stato è, invece, incostituzionale per violazione degli artt. 3 e 27 Cost.

Tali considerazioni si saldano, peraltro, con l'articolata ricostruzione storica che la Corte fa precedere alle argomentazioni sui tre profili di incostituzionalità, volta a mostrare come il meccanismo dell'ostatività sia nato nel 1991 (con il d.l. n. 152 del 1991), in termini ben diversi da quelli attuali, assumendo poi il carattere rigido e assoluto conservato fino ad oggi solo dopo la strage di Capaci (seguita, mentre il d.l. n. 306 del 1992 era ancora in corso di conversione, da quella ulteriore di via D'Amelio), per ragioni investigative e di politica criminale³³ che la Corte stessa aveva già riconosciuto evidenti in alcuni suoi precedenti (v., soprattutto, la sent. n. 306 del 1993, ampiamente citata³⁴ nella decisione in commento).

Le considerazioni sulla base delle quali la Corte dichiara la norma illegittima (anche) per questo aspetto rivestono grande interesse, andando a toccare complessi problemi di diritto costituzionale.

Tra gli altri, quello del rilievo *in subjecta materia* del c.d. diritto al silenzio, evocato dal rimettente Tribunale di sorveglianza di Perugia e protagonista del recente rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea attuato dalla stessa Consulta con ord. n. 117 del 2019, considerato «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa»³⁵, ma solo problematicamente riferibile al caso di un condannato in via definitiva. La Corte sfiora solo il tema; tuttavia, in un breve passaggio, riconosce un possibile spazio al diritto discendente dall'art. 24 Cost., convincentemente rilevando che la collaborazione rischia di determinare autoincriminazioni per fatti non ancora giudicati.

Tuttavia, nella motivazione viene individuata – anche autonomamente dal profilo appena ricordato relativo alla propria difesa – una «libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit.» che la legge «non può disconoscere ad alcun detenuto» e che, invece, la normativa di cui all'art. 4-bis ord. pen. nega, operandone, secondo l'espressione della Corte stessa, una «deformante

³³ Cfr. punti 7.1, 7.2 e 7.3 del Considerato in diritto

³⁴ V., in particolare, punto 7.3 del Considerato in diritto.

³⁵ Ord. n. 117 del 2019, punto 7.1 del Considerato in diritto.

trasfigurazione», che la muta in un onere di denuncia a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*).

All'affermazione di una tale libertà in termini così netti – tali da costituire una novità nella giurisprudenza costituzionale – non fa tuttavia seguito una indicazione puntuale del suo fondamento costituzionale, lasciando lo spazio a diverse possibili riflessioni.

Se si mette da parte il riferimento all'art. 24 Cost. (che, però, in base a quanto osservato dalla Corte, non può essere del tutto accantonato), la restante parte di questa «libertà» sembra doversi ricondurre, *in primis*, all'aspetto negativo della libertà di manifestare (o comunicare) il proprio pensiero, inteso come «diritto di tacere»³⁶. Tale fondamento può considerarsi valido, ma richiede alcune precisazioni, non potendosi fare a meno di rilevare che il profilo negativo della libertà di espressione subisce non pochi limiti nel nostro ordinamento, in relazione a diversi interessi costituzionalmente tutelati³⁷: così ad esempio, l'obbligo di testimoniare, ricondotto alle esigenze di funzionamento della giustizia (art. 101 e ss. Cost.)³⁸; o alcuni obblighi di denuncia, previsti, tuttavia, soltanto a carico di chi si trovi nell'esercizio di particolari funzioni o professioni³⁹ o in relazione a taluni specifici e peculiari reati⁴⁰.

Il riconoscimento da parte della Corte costituzionale di una libertà di non collaborare appare, dunque, particolarmente interessante perché sembra segnalare una rinnovata attenzione al troppo

³⁶ Così definito da A. PACE, *Il diritto di tacere. I limiti a tale diritto. Il diritto di tacere come aspetto del diritto di difendersi in giudizio*, in A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21*, Commentario della Costituzione, Bologna-Roma 2006, 75 ss. Questa terminologia aiuta a distinguere il profilo in esame nel testo dal diritto dell'accusato a non rispondere come aspetto del diritto alla difesa, cui sopra, nel testo, ci si è riferiti come «diritto al silenzio».

³⁷ Per questo rilievo, v. già C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, ora in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano 1992, 156, ricordando le molte limitazioni imperative «ammesse dalla Costituzione soprattutto in rapporto alle potestà di accertamento e di inchiesta riconosciute alle autorità giudiziarie e non giudiziarie». Un'ampia esemplificazione di limiti al diritto di tacere dotati di un fondamento costituzionale, anche ulteriori rispetto ai casi indicati nel testo, è fatta da A. PACE, *Il diritto di tacere*, cit., 76 ss.: tra questi, l'obbligo di fornire compiutamente e veridicamente i dati e le notizie richiesti dal programma statistico nazionale; o il dovere del contribuente di fornire agli uffici tributari i dati necessari per l'imposizione fiscale. Sul tema, cfr. anche, D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano 2007, 211 s.

³⁸ P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino 1991, 240 (nota 14). L'obbligo è, però, significativamente escluso nel caso di chi, pur condannato in via definitiva in procedimento connesso, si sia sempre professato innocente o non abbia reso alcuna dichiarazione (art. 197-bis, comma 4, c.p.p.); o nel caso dei prossimi congiunti dell'imputato (art. 199 c.p.p.).

³⁹ Ad esempio, i pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle funzioni (artt. 361 e 362 c.p.); o chi si trovi nell'esercizio di una professione sanitaria (art. 365 c.p.).

⁴⁰ Come quelli contro la personalità dello Stato puniti con l'ergastolo (art. 364 c.p.); o quelli in capo a chi abbia ricevuto denaro o acquistato o comunque avuto cose provenienti da delitto, senza conoscerne la provenienza, dopo che l'abbia conosciuta (art. 709 c.p.); o, ancora, a chi abbia avuto notizia che all'interno della propria abitazione si trovano delle materie esplodenti (art. 679 c.p.).

spesso trascurato profilo negativo della libertà di espressione e l'esigenza di una particolare attenzione nelle operazioni di "bilanciamento" con altri interessi di pari rilievo costituzionale, considerata la matrice individualistica del diritto in questione⁴¹, e il rilievo sistematico del principio personalista, cui è improntata la disciplina dei diritti nella nostra Costituzione (art. 2 Cost.)⁴², che afferma «la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella pienezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali, ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella»⁴³. Si tratta di una prospettiva complessa, ma forse meritevole di una riflessione più ampia.

La decisione in commento è, comunque, in effetti, principalmente imperniata sui temi legati alla funzione della pena, sulla base dei parametri evocati in giudizio dai remittenti (artt. 3 e 27 Cost.); per cui il rilievo pare sottolineare soprattutto il dovuto rispetto di tale libertà nei confronti di persone già assoggettate alla potestà punitiva dello Stato.

Nelle brevi affermazioni sul punto, la sentenza lascia intravedere una salda linea di continuità – non esplicitata del tutto, ma evidente – con i più importanti precedenti costituzionali in materia di pena: la recente sent. n. 149 del 2018⁴⁴, molto citata nella decisione in commento, ma anche la più risalente e non espressamente evocata sent. n. 313 del 1990, che ne costituisce l'antecedente logico e storico. Tali decisioni hanno riconosciuto l'illegittimità di una utilizzazione della pena piegata in via esclusiva a finalità di politica criminale (o anche di sicurezza sociale) che lasci da parte la dimensione di risocializzazione. L'obbligo di collaborazione in capo al condannato, cui consegue in caso di rifiuto l'esclusione dal normale percorso rieducativo, fa capo proprio a tale finalità ed è, dunque, considerato incostituzionale sotto tale profilo.

Un'acquisizione, questa, di grande importanza per il futuro destino del meccanismo dell'ostatività, o meglio delle parti di esso che sono rimaste in vita.

⁴¹ Per tutti, v. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 118 ss.

⁴² Appare preferibile ricondurre il problema a tale complessiva matrice costituzionale, piuttosto che – come fa, con conclusioni in qualche modo analoghe, 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., 43 – ad una libertà morale ricavabile dal solo art. 2 Cost., di configurazione assai controversa. Sul tema della libertà morale in rapporto alle altre libertà costituzionali, v., per tutti, D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte*, cit., 270 ss.

⁴³ Questa la formulazione del notissimo ordine del giorno Dossetti, presentato in Assemblea costituente il 9 settembre 1946; cfr. anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Cedam, Padova 1975, 137.

⁴⁴ Ove di ribadisce «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena».

3.2 La funzione «pedagogico-propulsiva» del permesso premio.

Anche il secondo rilievo nel quale è articolata l'argomentazione della decisione è strettamente legato al tema della funzione rieducativa della pena. La Corte, citando stavolta come parametro il solo art. 27, terzo comma, Cost., dichiara illegittima la scelta legislativa di considerare inammissibile la richiesta relativa al permesso premio da parte del condannato non collaborante, senza che al magistrato di sorveglianza sia consentita una valutazione in concreto della sua condizione, con specifico riferimento alla «funzione “pedagogico-propulsiva”» del tipo di beneficio in questione.

Esso, infatti, è la forma di permesso più delimitata dal punto di vista temporale⁴⁵, e può essere concesso per coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro; è il primo gradino nella successione dei diversi istituti previsti per il progressivo reinserimento del detenuto, al quale si consente di tornare a godere dei «primi spazi di libertà», costituendo ciò anche un'importante occasione di osservazione in vista di successivi ulteriori passaggi⁴⁶. Impedire l'accesso ad esso, dunque, vuol dire arrestare «sul nascere» il percorso di risocializzazione.

Il modo in cui la Consulta definisce le specifiche caratteristiche di tale tipologia di benefici è, dunque, tutto proiettato sui suoi possibili sviluppi, perché la funzione pedagogico-propulsiva presuppone, appunto, che chi si vede concedere il permesso premio possa poi aspirare anche ai gradini “superiori” del percorso. Altrimenti, proprio tale tratto ne risulterebbe irragionevolmente amputato, con grave compromissione della coerenza complessiva del sistema.

Resta il contrasto tra questa argomentazione e la disciplina risultante dagli effetti della pronuncia n. 253 del 2019, dal momento che con essa è stata rimossa l'assolutezza della presunzione soltanto con riferimento alle richieste di permesso premio, mentre l'automatismo permane per tutti i benefici ulteriori e più “avanzati”, frustrando per il condannato non collaborante la possibilità graduale di accesso ad essi.

⁴⁵ Può avere una durata non superiore, ogni volta, a quindici giorni, per non più di quarantacinque giorni complessivi per ogni anno di espiazione (art. 30-ter ord. pen.).

⁴⁶ Lo stesso art. 30-ter, comma 3, ord. pen. prevede infatti che «l'esperienza dei permessi premio è parte integrante del programma di trattamento e deve essere seguita dagli educatori e assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del territorio».

La Corte, in effetti, ribadisce anche in motivazione la limitatezza degli effetti della decisione, esplicitando⁴⁷ che ciò è «conforme al perimetro delle questioni di legittimità costituzionale», nonché «alla connotazione peculiare del permesso premio».

Se l'argomento relativo al *petitum* è certamente cruciale – poiché la Consulta avrebbe potuto superare il relativo perimetro soltanto attraverso il ricorso all'illegittimità consequenziale *ex art. 27*, legge n. 87 del 1953⁴⁸ – l'altro pare, invece, assai poco congruente⁴⁹ perché i caratteri specifici del beneficio richiesto nei giudizi *a quo* sembrano condurre, piuttosto, in direzione radicalmente opposta.

Così, tali affermazioni sul ruolo del permesso premio nell'ambito del trattamento penitenziario segnano con evidenza la strada di futuri ulteriori sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul tema⁵⁰, per ricondurre il sistema della progressione trattamentale a razionalità e coerenza, con l'arrivo di nuove questioni riferite agli altri benefici che non si vede come la Corte possa fare a meno di accogliere.

3.3. L'irragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità sociale.

Il terzo argomento, infine, è quello sul quale la Corte incentra, come si è anticipato, il fulcro della decisione. Si tratta del tema più tecnico, che si pone nel solco del già ricordato consolidato orientamento sull'illegittimità degli automatismi legislativi che non permettono di considerare le peculiarità del caso concreto. La giurisprudenza costituzionale, nell'ambito di queste pronunce, non rinnega del tutto le ragioni delle scelte legislative, ma ne mitiga l'inderogabilità, restituendo – attraverso sentenze manipolative – al giudice (o talora all'amministrazione) la possibilità di diverse valutazioni delle circostanze e dell'assetto degli interessi in concreto⁵¹.

⁴⁷ Punto 11 del Considerato in diritto.

⁴⁸ Sul punto si tornerà più avanti, al par. 4.

⁴⁹ In questo senso, cfr. anche S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa*, cit.; nonché M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, testo predisposto in occasione dell'audizione presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, del 10 dicembre 2019, in *sistemapenale.it*, punti 4 e 6.

⁵⁰ Cfr. anche M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, punto 6.

⁵¹ V. quanto già ricordato sopra e, in particolare, *sub* nota 30.

Si tratta di un importante filone che comporta un'utilizzazione peculiare del principio di ragionevolezza, declinandolo – come è stato autorevolmente notato – come «razionalità pratica»⁵², un giudizio in cui «la ragione è aperta dall'impatto che su di essa esplica il caso, il fatto, il dato di realtà e di esperienza viva»⁵³. È un modello non solo diffuso, ma «di grande significato sotto il profilo sistematico»⁵⁴, perché svela un ruolo quasi arbitrario della Corte tra il potere legislativo e quello giudiziario.

In effetti, è proprio a quest'ultimo che la decisione in parola, con il meccanismo additivo, restituisce spazio valutativo sui casi concreti.

La presunzione assoluta di perdurante pericolosità sociale del condannato non collaborante è, infatti, irragionevole perché non corrispondente all'*id quod plerumque accidit*. La Corte osserva che essa è fondata sull'idea che il condannato per delitti legati al fenomeno delle associazioni mafiose che non collabora con la giustizia non abbia rescisso i legami con l'organizzazione criminale di provenienza. Tale assunto, invero, subisce dalla Consulta critiche meno penetranti di quanto abbia fatto la Corte ed in nella già citata sentenza *Viola*; tuttavia, anche il nostro giudice delle leggi ritiene che sia possibile formulare ipotesi realistiche contrarie a tale generalizzazione. Centrale rilievo, sul punto, è dato al decorso del tempo, fattore che può comportare trasformazioni rilevanti, sia sul piano della personalità del detenuto, sia sul contesto esterno di riferimento, che devono essere oggetto di valutazione in concreto da parte del giudice.

Impedire siffatto esame dei mutamenti mediante l'introduzione di una presunzione di tipo assoluto è, dunque, irragionevole, anche in relazione alla finalità rieducativa della pena.

In questo caso, poi, lo scardinamento dell'assolutezza della prescrizione restituisce spazio decisionale ad un giudice naturalmente e particolarmente attento alle specificità dei casi ed al profilo personale di coloro che a lui si rivolgono: la magistratura di sorveglianza, cui sono intestati, almeno a partire dalla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, compiti strettamente legati alla concezione individualizzata e dinamica della pena in fase esecutiva⁵⁵, che presuppongono valutazioni sul percorso del condannato e sulla sua personalità.

⁵² M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 17.

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 78.

⁵⁵ Cfr. F. DELLA CASA, *Magistratura di sorveglianza*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1993, 506 s.; A. BITONTI, *La giurisdizione penitenziaria*, in A. DIDDI (a cura di), *L'esecuzione e il diritto penitenziario*, Pisa 2017, 119, osserva che

3.4. Le indicazioni date al giudice.

Tuttavia, il margine di discrezionalità di cui il giudice torna ad essere dotato resta, comunque, limitato da una serie di criteri forniti dalla Corte stessa per orientare i relativi giudizi.

Su questo punto, la decisione – nell'insieme già assai articolata e complessa – si fa particolarmente analitica e, in alcuni passaggi, fa riaffiorare la prospettiva securitaria, da sempre predominante nel dibattito pubblico sul tema.

La motivazione è disseminata di indicazioni riguardo ad elementi – citati a titolo esemplificativo – che possono risultare significativi per il giudice: la già ricordata necessità di considerare il fattore tempo, sia rispetto alle evoluzioni personologiche del condannato, sia rispetto alle vicende relative al contesto esterno (l'associazione criminale potrebbe non esistere più); la possibilità di valutare le ragioni della mancata collaborazione; la disponibilità di molteplici elementi che possono indicare la perdurante esistenza di legami o piuttosto la loro rescissione (come la situazione economico-patrimoniale). La decisione cita anche l'esistenza del particolare regime penitenziario di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. per il caso in cui risultino persistenti legami del condannato con il sodalizio criminale originario: argomento che va declinato nel senso che laddove tale regime non sia stato applicato (o non lo sia più) ciò significa che non vi sono (o non vi sono più) dimostrate relazioni in atto con l'associazione criminale. Si tratta, dunque, di un altro elemento che può concorrere alla valutazione in concreto circa la perdurante pericolosità sociale del reo.

Nella parte finale della decisione, però, la Consulta si spinge a dettare una serie di regole estremamente specifiche, senza che ne sia sempre chiaro l'effettivo fondamento costituzionale né il rapporto con quanto già previsto dall'ordinamento penitenziario.

La giurisprudenza costituzionale, come è noto, ha ormai abbandonato la tradizionale e consolidata teoria delle "rime obbligate", affermando la propria legittimazione a indicare soluzioni non necessitate, ma costituzionalmente compatibili, disponibili e già presenti nell'ordinamento,

le caratteristiche delle relative prescrizioni normative del diritto penitenziario «fanno della giurisdizione rieducativa un misto di *ius dicere* e amministrazione».

fatta salva la possibilità per il legislatore di dettare una diversa disciplina⁵⁶. Ma nella decisione in esame pare andare perfino oltre i confini di detta impostazione, almeno in alcune indicazioni.

Restano sicuramente entro tale perimetro le considerazioni relative alla necessità da parte del giudice di accertare la mancanza di pericolosità sociale – come richiesto dalla stessa disciplina del permesso premio, all’art. 30-ter – attraverso una serie di elementi non riconducibili esclusivamente alla condotta carceraria o alla partecipazione al percorso rieducativo, ma anche riferibili al contesto sociale esterno, avvalendosi dei contributi di autorità in grado di ottenere dettagliate informazioni e, in particolare, dei competenti comitati provinciali per l’ordine e la sicurezza pubblica, cui lo stesso art. 4-bis ord. pen. assegna il compito di fornire indicazioni alla magistratura di sorveglianza ai fini della concessione dei benefici. E fa leva su una previsione esistente anche la precisazione che, ai sensi del comma 3-bis dell’art. 4-bis cit., i permessi non possono essere dati quando il Procuratore nazionale antimafia (oggi anche antiterrorismo) o il Procuratore distrettuale comunica, d’iniziativa o su segnalazione del competente comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

Dove, invece, l’operazione additiva pare assai poco convincente è nella parte in cui la Corte specifica che non basta indagare la permanenza di collegamenti con le organizzazioni criminali, ma che occorre che il giudice escluda il pericolo di un loro ripristino.

Si tratta di un’indicazione che, in questi termini, non è contenuta in alcuna norma già presente nell’ordinamento e che potrebbe essere costituzionalmente accettabile soltanto se potesse essere letta come un doppiante della valutazione in concreto sulla pericolosità sociale del condannato (richiesta, come già visto, dalla norma relativa ai permessi-premio), che pure ha una valenza prognostica, fondata sugli elementi che segnano i progressi nel percorso di revisione critica da parte del condannato rispetto al proprio passato o su altri specifici dati concreti⁵⁷. Ma la sua formulazione – che entra anche nella parte dispositiva della sentenza – pare voler implicare un grado di “predizione” più intenso, riferendosi la Corte alla “esclusione” del possibile ripristino dei contatti

⁵⁶ Cfr. Corte Cost., sentt. n. 236 del 2016; n. 222 del 2018; n. 40 del 2019; n. 242 del 2019.

⁵⁷ In particolare, la valutazione della pericolosità sociale richiesta in relazione alla concessione dei benefici è condotta comunemente sulla base degli elementi indicati dall’art. 133 c.p. (cui l’art. 203 c.p. fa rinvio), interpretati come riferiti anche ai comportamenti tenuti nella fase di espiazione della pena: cfr. M.L. DI BITONTO, *Art. 30-ter*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano 2019, 422; F. FIORENTIN, *Art. 30-ter*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano 2019, 430.

associativi, mentre l'assenza di pericolosità sociale è data dalla "non probabilità" che la persona commetta nuovi reati (art. 203 c.p.).

Dunque, l'autonoma richiesta del requisito in parola nella sentenza in commento non trova alcun «preciso punto di riferimento» o alcuna soluzione «già rinvenibile» nell'ordinamento, come richiesto dal più recente orientamento in tema di addizioni o sostituzioni giurisprudenziali (v. sentt. n. 236/2016; n. 222/2018; n. 40/2019; n. 242/2019).

La Consulta, poi, qualifica tale elemento di valutazione come «necessario alla luce della Costituzione» in nome di un non meglio identificato «interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati».

Ma i contorni costituzionali di un tale interesse sono tutti da definire. Nella fase dell'esecuzione penale, volta alla repressione dei reati più che alla loro prevenzione, il tema non può che essere letto esclusivamente nel quadro della funzione costituzionale della pena.

Come è noto, per quanto il testo dell'art. 27 Cost. ponga come unica finalità delle pene quella rieducativa, espressamente menzionata, la giurisprudenza costituzionale e la dottrina hanno da sempre ricavato dal concetto stesso di pena un suo connotato afflittivo ma anche preventivo e di difesa sociale. Tuttavia, a partire dalla storica sentenza n. 313 del 1990, è stato chiarito che «*reintegrazione, intimidazione, difesa sociale*» sono «*valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena*»⁵⁸.

Tali precetti, poi, sono stati ulteriormente sviluppati e aggiornati, da ultimo, nella sentenza n. 149 del 2018: la prospettiva di un possibile cambiamento della personalità del condannato chiama in causa la sua responsabilità individuale nella revisione critica del passato, ma anche «*la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società*».

⁵⁸ Con la precisazione che «*se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione*».

È solo, dunque, entro questa cornice che deve collocarsi il rilievo costituzionale dell'interesse alla prevenzione della commissione di ulteriori reati, che nell'esecuzione della pena non può obliterare la finalità di risocializzazione e la relativa responsabilità sociale.

La valutazione prognostica che spetta al giudice di sorveglianza va, dunque, posta all'interno di queste coordinate, senza appiattare la funzione della rieducazione sugli scopi di prevenzione, o addirittura autorizzarne una vera e propria cannibalizzazione da parte di questi ultimi. Proprio questo comporta, invece, l'indicazione – inserita, come si è già ricordato, anche nel dispositivo e, dunque, parte integrante dell'addizione realizzata – della necessaria acquisizione di elementi «tali da escludere» non solo l'attualità dei legami criminosi, ma anche il pericolo di un loro ripristino.

Tale parte della sentenza, dunque, resta un “inciampo” nel percorso seguito, in scarsa coerenza con le premesse di continuità con la decisione n. 149 del 2018 e fuori dei limiti del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in materia di decisioni manipolative.

Va, comunque, riconosciuto che in motivazione la Corte ha cura di chiarire che il pericolo debba essere valutato tenendo conto delle «*concrete circostanze personali e ambientali*»; dunque, considerando tutti gli elementi dello specifico caso. Così, la durata di pochi giorni di un permesso premio, da svolgersi magari lontano dal luogo di provenienza, potrebbe già di per sé escludere il pericolo di ripristino di sodalizi criminali; o anche l'accertamento di una credibile e seria revisione critica del passato potrebbe neutralizzarne il rischio.

In correlazione con quanto appena osservato, emerge con forza l'esigenza che delle «*concrete circostanze personali e ambientali*» considerate venga quantomeno data adeguata motivazione, ottemperando all'obbligo posto dall'art. 111 Cost. per tutti i provvedimenti giurisdizionali. Con il necessario *pendant* di un adeguato sistema di impugnazione⁵⁹, che non pare oggi garantito dal termine di ventiquattro ore per il relativo reclamo previsto dall'art. 30-ter, comma 7, ord. pen. (mediante il rinvio all'art. 30-bis, riferito ai ben diversi permessi di necessità). Il punto è oggetto di una questione di legittimità costituzionale recentemente sollevata dalla Corte di Cassazione, sez. I pen. (con ord. n. 45976 del 2019) e potrebbe, dunque, presto trovare soluzione per via giurisprudenziale⁶⁰.

⁵⁹ Le decisioni in materia di benefici penitenziari sono prese dal magistrato di sorveglianza, con possibile reclamo al tribunale di sorveglianza: per il permesso premio, v. in particolare art. 30-ter ord. pen.

⁶⁰ Tanto più che in passato, con la sent. n. 235 del 1996, la Corte costituzionale aveva già sostanzialmente dato una valutazione negativa in termini di compatibilità costituzionale del termine così configurato, avendo però dichiarato la

Le perplessità che suscita tale parte dell'addizione risultano, poi, aggravate dall'intestazione in capo al richiedente dell'onere di allegazione delle circostanze idonee a dimostrare l'esclusione dei suoi collegamenti con la criminalità organizzata e del pericolo del ripristino. È pur vero che la richiesta di allegazione impone l'indicazione dei fatti rilevanti e non si traduce in un vero e proprio onere probatorio, che risulterebbe eccessivamente complesso rispetto ad un fatto negativo (non avere rapporti; assenza di pericolo) e a carico di una persona ristretta, assai limitata nelle proprie possibilità di raccogliere prove. Sarà il magistrato di sorveglianza, eventualmente, ad esercitare i propri poteri istruttori per verificare, se lo ritenga necessario, le circostanze allegate.

Tuttavia, la Corte si spinge a precisare che il richiedente dovrà invece presentare veri e propri elementi di prova per superare eventuali informazioni in senso negativo provenienti dai comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza pubblica competente (e, sembra doversi intendere, anche da parte del Procuratore nazionale antimafia o di quello distrettuale⁶¹).

Vale poi la pena di aggiungere che il rilievo rivestito da questi atti nel meccanismo decisionale è tale da richiedere anche per essi una accurata motivazione, con l'indicazione di elementi concreti e verificabili dai quali si possa desumere l'attualità dei collegamenti⁶², senza che possano considerarsi accettabili formule generiche o stereotipate, proprio in relazione alla necessità di consentire l'eventuale prova contraria.

questione inammissibile per impossibilità di svolgere una sostituzione «costituzionalmente obbligata». Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (esplicitato almeno a partire dalla sent. n. 222 del 2018, come già ricordato sopra, nel testo), e gli ulteriori interventi normativi frattanto intervenuti che offrono una soluzione già esistente nell'ordinamento (con l'introduzione nell'art. 35-*bis* ord. pen. di un termine di quindici giorni per la proposizione del reclamo contro le decisioni del magistrato di sorveglianza), inducono ad aspettarsi oggi un diverso esito, nel senso di un accoglimento.

⁶¹ Il punto, invero, non è chiarissimo, perché la Corte in un passaggio si richiama all'autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza anche rispetto alla previsione del comma 3-*bis* dell'art. 4-*bis* cit., relativo alle comunicazioni del Procuratore nazionale antimafia o di quello distrettuale; in altro passaggio, invece, sempre all'interno del medesimo punto 9 del Considerato in diritto, sembra ammettere la prova contraria rispetto alle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica «fermo restando l'essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale».

⁶² Sia pure in tutt'altro contesto, la cura nella motivazione degli atti che incidono sull'esecuzione penale proprio in relazione all'affermazione di collegamenti dei condannati con le organizzazioni criminali di tipo mafioso è raccomandata (con riferimento, in quel caso, al diverso problema del rinnovo del regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.) nel Report del Comitato per la Prevenzione della Tortura pubblicato in data 21 gennaio 2020 con riferimento alle visite effettuate nel 2019 nel nostro Paese (CPT/Inf(2020)2), nel quale si chiede (punto 55) una valutazione individuale del rischio fondato su ragioni obiettive e non soltanto sull'assenza di informazioni che mostrino la rescissione dei legami nonché la possibilità che sia sentito il condannato. Il Report è reperibile sul sito internet www.coe.int.

4. Resta irrisolto il problema dell'ergastolo ostativo

Il contenuto della decisione in commento lascia tuttora aperto ed irrisolto il problema dell'ergastolo ostativo, che si sostanzia non tanto nel possibile accesso per i condannati a benefici limitati nel tempo, come i permessi premio, quanto piuttosto nella possibilità di riesame della pena, dopo un certo numero di anni.

L'unico istituto che rileva, rispetto a questo tema, è quello della liberazione condizionale, che consente la sospensione dell'esecuzione e, poi, l'estinzione della pena⁶³, garantendo, dunque, quella prospettiva di risocializzazione che la giurisprudenza costituzionale e convenzionale indica come necessaria ai fini della legittimità della condanna a vita.

Tale possibilità è tuttora preclusa per i non collaboranti cui si applica il meccanismo dell'ostatività; per essi, dunque, la pena resta perpetua, senza speranza⁶⁴.

In effetti, il tema era del tutto al di fuori del *petitum* delle ordinanze, relative a richieste di permessi premio. Tra l'altro, l'istituto della liberazione condizionale non è tra i benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, ma è contemplata direttamente nel codice penale (all'art. 176) e l'applicazione ad esso del meccanismo dell'art. 4-*bis* ord. pen. è disposta dall'art. 2, comma 2, del d.l. n. 152 del 1991. Per cui, per quanto le argomentazioni dei giudici *a quibus* fossero fondate anche sulla particolare condizione di ergastolani dei richiedenti nei relativi processi, il nodo principale posto dalla pena a vita non veniva in considerazione nell'occasione.

La Corte avrebbe, però, potuto ricorrere, come si è già sopra accennato, allo strumento della dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale *ex art. 27*, legge n. 87 del 1953. Si

⁶³ La liberazione condizionale è revocata se la persona liberata commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole, ovvero trasgredisce gli obblighi relativi alla libertà vigilata. Decorso il tempo della pena inflitta, ovvero cinque anni dalla data del provvedimento di liberazione condizionale, se si tratta di condannato all'ergastolo, senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, la pena rimane estinta e sono revocate le misure di sicurezza personali ordinate dal giudice con la sentenza di condanna o con provvedimento successivo (art. 177 c.p.).

⁶⁴ L'espressione utilizzata ricalca, *a contrario*, quella coniata in sede europea dalla giudice irlandese Power-Forde nella sua opinione concorrente alla sentenza *Vinter* del 2013 della Corte edu, in cui si parla di un vero e proprio «diritto alla speranza» come aspetto costitutivo della persona umana, la cui negazione è «degradante». La forza evocativa di tale sintagma ne ha decretato un grande successo negli studi sul tema. Ma vale la pena di ricordare che già nel 1946 Carnelutti spiegava la particolare gravità dell'ergastolo rispetto alla pena temporanea, anche quanto questa fosse di tale lunghezza da superare la presumibile vita residua del condannato, con il rilievo che la pena perpetua «sopprime la speranza», infliggendo così al condannato una «sofferenza spirituale suprema» (F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 80).

tratta di un complesso istituto, impiegato con notevole discrezionalità e in mancanza di regole certe o univoche⁶⁵. Quello che colpisce, nella decisione in commento, è semmai il fatto che il giudice delle leggi ne fa in effetti uso, dopo aver dichiarato l'illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di pericolosità sociale, per rimuovere l'automatismo non solo rispetto ai reati cui erano riferite le ordinanze (entrambi relativi alla criminalità di matrice mafiosa), ma anche a tutti gli altri cui si applica la disciplina dell'art. 4-*bis* ord. pen., rilevandone il progressivo e disordinato aumento senza una linea di coerenza (fino a comprendervi reati a natura mono-soggettiva, per i quali la collaborazione può non avere alcun senso), e segnalando che altrimenti la pronuncia avrebbe creato «una paradossale disparità»⁶⁶ a vantaggio dei condannati per reati legati all'associazione mafiosa; mentre non lo fa per estendere la pronuncia ai casi di richiesta degli altri benefici, come il percorso argomentativo seguito, tutto giocato sulla ragionevolezza della presunzione assoluta, avrebbe, pure, consentito.

Questa scelta sembra segnalare la difficoltà della Corte ad andare oltre il chiesto su un tema che, soprattutto con riferimento ai condannati per reati di criminalità organizzata, è assai controverso tra gli operatori del diritto⁶⁷, oltre che impopolare nell'opinione pubblica.

Il sistema resta, tuttavia, minato nella sua coerenza interna e razionalità, perché se la presunzione assoluta che ne è alla base è irragionevole in quanto non rispondente *all'id quod plerumque accidit* e in contrasto con il finalismo rieducativo della pena quando si chiede il permesso premio, non si vede come potrebbe esserlo in occasione delle richieste di altri benefici. Anzi, come si è già osservato, proprio la funzione «pedagogico-propulsiva» del permesso premio, valorizzata nella pronuncia in esame, richiede che chi ne fruisce possa poi accedere, secondo criteri di gradualità, anche ai benefici più ampi.

⁶⁵ Sul tema cfr., tra i più recenti, G. BRUNELLI, *Significative convergenze: illegittimità derivata di norme analoghe e sentenze manipolative*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli 2004, 345 ss.; A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli 2008; D. CHINNI, *Processo costituzionale e illegittimità consequenziale. Spunti a margine di alcune osservazioni compiute dalla Corte nella sent. n. 138/2009*, in *Forum Quad. Cost.*, ottobre 2009; A. ODDI, *Prime notazioni circa la tutela dei diritti costituzionali nei giudizi di legittimità in via incidentale*, in *eius.it*, luglio 2016; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, e F. DAL CANTO-E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, entrambi in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino 2017, rispettivamente 145 ss. e 270 ss.

⁶⁶ Punto 12 del Considerato in diritto.

⁶⁷ Ma non altrettanto divisivo per la dottrina che si occupa del tema (che comprende studiosi del diritto costituzionale, del diritto e della procedura penale ed altri), piuttosto compatta nel ritenere il meccanismo costituzionalmente illegittimo, come risulta dagli atti del Seminario preventivo *Amicus Curiae*, pubblicati in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit.

Si deve, dunque, prevedere il prossimo arrivo davanti al giudice delle leggi di ulteriori questioni di legittimità costituzionale riferite agli altri istituti premiali, fino alla liberazione condizionale. Rispetto a tali questioni non si vede come la Corte potrà esimersi dall'accoglimento, rivedendo le posizioni espresse in tema di liberazione condizionale degli ergastolani ostativi nella ormai non recentissima sentenza n. 135/2003⁶⁸.

Vi è poi un altro argomento che rafforza tale persuasione. La già ricordata decisione della Corte edu nel caso *Viola c. Italia (n. 2)* è riferita proprio all'istituto della liberazione condizionale, e condanna l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU perché il meccanismo dell'art. 4-*bis* ord. pen., che ne preclude l'accesso, è ritenuto fondato su una presunzione non convincente e, dunque, finisce per costruire un ostacolo *de facto* al riesame della pena perpetua.

La Corte di Strasburgo, rispetto all'equiparazione tra mancata collaborazione e persistenza dei legami con il gruppo di appartenenza, svolge una critica ancora più penetrante di quella fatta dalla Corte interna, rilevando che la scelta può essere dovuta a molti altri motivi e soprattutto al timore di esporre a gravi pericoli sé stessi o i propri cari (oppure, all'intima convinzione di essere innocenti); e che, viceversa, la scelta di collaborare con la giustizia può essere compiuta per mere ragioni utilitaristiche, senza che ciò corrisponda ad un'interiore e convinta presa di distanza dai "valori criminali" che fondano il sodalizio.

Il riesame che rende la pena perpetua convenzionalmente compatibile, dunque, per il giudice internazionale deve essere fondato su una «valutazione del percorso individuale del detenuto e della sua evoluzione verso la risocializzazione»⁶⁹.

La sentenza *Viola* prende così in esame un problema legato non ad una particolare fattispecie concreta, ma alla stessa disciplina vigente in Italia. Per cui, pur non essendo formalmente una sentenza pilota – perché gli altri ricorsi di analogo tenore pendenti davanti alla Corte europea non sono (ancora) un numero molto elevato – essa segnala un problema strutturale nell'ordinamento dello Stato convenuto, che deve essere risolto, anche per prevenire un futuro aumento di richieste di condanna in sede internazionale: si tratta, in sostanza, di una sentenza "quasi-pilota", nella quale si

⁶⁸ In essa la Corte ha in sostanza ritenuto che la scelta del soggetto di collaborare con la giustizia fosse legittimamente assunta dal legislatore come «criterio legale di valutazione» ai fini dell'accertamento del «sicuro ravvedimento» del condannato. Per cui risulta legittima, e non viola l'art. 27, comma 3, Cost., la disciplina che ancora a tale opzione la possibilità di concessione dei benefici.

⁶⁹ Par. 129.

chiede che l'Italia attui «di preferenza per iniziativa legislativa»⁷⁰ una riforma del regime dell'ergastolo ostativo.

Forse anche questa decisione – che pone l'Italia in una condizione di illecito internazionale e potrà integrare, in futuro, un ulteriore parametro di costituzionalità, con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. – avrebbe potuto indurre la Corte costituzionale ad un ricorso più ampio all'illegittimità consequenziale, pur restando nell'ambito dell'*iter* logico prescelto, perché fa emergere come, in fondo, nel caso in esame, vengano in rilievo esigenze già frequentemente poste dalla giurisprudenza costituzionale alla base dell'utilizzazione di detto strumento, quali la tutela di diritti fondamentali e l'opportunità di anticipare successive impugnazioni da parte di altri giudici⁷¹.

Comunque, è certo che della decisione assunta in sede internazionale non si potrà non tenere conto nei futuri giudizi che dovessero giungere alla Consulta in relazione alla liberazione condizionale, l'istituto – peraltro assai poco utilizzato nella prassi giudiziaria⁷² – che costituisce il vero snodo del problema della costituzionalità della pena perpetua.

Le due strade (cioè, i due percorsi argomentativi che si sono distinti sopra) hanno, insomma, la stessa destinazione e sono destinate a ricongiungersi.

⁷⁰ Par. 143.

⁷¹ Sul tema v. ancora, soprattutto, G. BRUNELLI, *Significative convergenze*, cit., 347 e 352 ss.

⁷² La liberazione condizionale delle persone condannate all'ergastolo è, infatti, concessa piuttosto raramente. Non è facile trovare dati ufficiali al riguardo; alcuni, più risalenti e solo parziali, riportati da A. MARGARA, *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, cit., 42 s. indicano una percentuale di accoglimento nel 2006 del 3% circa delle istanze di liberazione condizionale, ma la cifra è riferita a tutte le richieste, ivi comprese quelle relative a pene temporanee; nella stampa divulgativa (*quotidiano.net*, 1° marzo 2019), più recentemente, si riporta il dato di 19 casi di liberazione condizionale concessa a persone condannate all'ergastolo negli ultimi 10 anni: quindi, meno di 2 all'anno. Se di considera che gli ergastolani non ostativi sono circa 535 (al 4 settembre 2019 i dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria indicano 1.790 condannati alla pena perpetua di cui 1.255 ostativi), si tratta di una percentuale ben inferiore allo 0,5% dei casi (precisamente, dello 0,37%; e colpisce rilevare che i numeri delle liberazioni sono presentati nel relativo articolo come «dati *choc*» in quanto molto elevati). Tali numeri sembrano, in effetti, indebolire, anche sul piano pratico, l'argomento del possibile accesso a suddetto beneficio utilizzato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 264/1974 per legittimare costituzionalmente la pena perpetua nel nostro sistema costituzionale. Per alcune critiche sul piano teorico a tale impostazione «fattuale», cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia*, cit., 123 s.