

La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p.

Nota a Corte cost. n. 253/2019*

*di **Antonia Menghini** – Prof.ssa aggr. di diritto penale e penitenziario della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento*

ABSTRACT: In ruling no. 253/2019, with regard to temporary release, the Constitutional Court has declared the absolute presumption of persistent connections in case of lack of cooperation with the authorities as unconstitutional. As regards the execution of the penalty, the Constitutional Court therefore continues in its process of progressively dismantling the presumptions of dangerousness, giving back to the Supervisory Court its discretion on the case. This allows the best application of the re-educational aim, enshrined in our Constitution, by giving weight to the inmate's personal rehabilitation path and thus individualizing punishment.

SOMMARIO: 1. La questione sottoposta allo scrutinio di legittimità costituzionale della Consulta. – 1.1 L'ordinanza di rimessione della Cassazione. – 1.2. L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Sorveglianza di Perugia. – 2. Il perimetro definito dalla Consulta per il proprio intervento. – 3. Il percorso argomentativo della Consulta. – 4. La decisione. – 5. Conclusioni.

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

1. La questione sottoposta allo scrutinio di legittimità costituzionale della Consulta

Dopo le risalenti pronunce nn. 306/1993¹ e 135/2003, la Consulta è stata nuovamente investita di una questione di legittimità costituzionale relativa al meccanismo presuntivo di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p.².

È la stessa Corte, nella sentenza in commento, a puntualizzare come l'art. 4 *bis* comma 1 o.p. non cristallizzi un vero e proprio automatismo: la scelta di collaborare con la giustizia permette infatti al condannato di presentare istanza di accesso ai benefici³, senza scontare, secondo giurisprudenza consolidata (ed anche secondo quanto testualmente prevede il comma 1 dell'art. 58 *ter* o.p.), il diverso limite di pena, ove previsto⁴. Non a caso questo era stato l'argomento forte adottato dalla stessa Consulta a suffragio della pronuncia n. 135/2003, che aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* comma 1 o.p.⁵.

Non si tratta dunque di una preclusione assoluta di accesso ai benefici. Ad essere assoluta, in realtà, è la presunzione di immanenza dei collegamenti in caso di assenza di collaborazione con la giustizia.

Si tratta per il vero di una duplice presunzione assoluta: l'assenza di collaborazione fruttuosa fa presumere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, e

¹ Cfr. Corte cost. n. 306/1993, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 2466 ss., con note di C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, *ibidem*, 1993, 2505 ss.; M. MARGARITELLI, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, *ibidem*, 2511 ss.; E. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, 1994, 861 ss.

² Per un commento dell'art. 4 *bis* o.p., cfr.: L. CARACENI, C. CESARI, *sub art. 4 bis o.p.*, in (a cura di) F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Vicenza, 2015, 44 ss.; A. MARANDOLA, *sub art. 4 bis o.p.*, in (a cura di) F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO, *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 45 ss.

³ Ciò non significa certo che la collaborazione implichi un diritto all'ottenimento del beneficio: essa apre le porte ad un giudizio sul merito e dunque sulla sussistenza dei presupposti variamente declinati con riferimento alle diverse misure elencate all'art. 4 *bis* comma 1 o.p. da parte della Magistratura di Sorveglianza.

⁴ Così la giurisprudenza sia di legittimità (cfr. Cass. pen., 3 febbraio 2016, n. 37578 e Cass. pen., 12 luglio 2006, n. 30434) sia costituzionale (cfr. Corte cost., n. 174/2018, e n. 504/1995), entrambe citate nella sentenza in commento.

⁵ La sentenza n. 135/2003, in www.giurcost.org, infatti, si soffermava nella parte motiva a chiarire come, essendo l'accesso ai benefici dipendente dalla libera volontà del condannato, non fosse riscontrabile alcun *vulnus* all'art. 27 comma 3 Cost., non risolvendosi la previsione in un automatismo. Per un commento: L. CREMONESI, *La Consulta "stoppa" la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Diritto e Giustizia*, 2003, 19, 14 ss.; A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti post dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 11, 1351 ss.

conseguentemente quella pericolosità sociale che è di per sé condizione sufficiente a che venga negato l'accesso ai benefici.

Nel sistema attuale, dunque, la mancata collaborazione fa presumere in maniera assoluta la persistente pericolosità sociale del soggetto, senza che possa essere valutato il percorso rieducativo già intrapreso, *medio tempore*, durante l'esecuzione della pena.

Non è vero invece il contrario: la prestata collaborazione, pur aprendo le porte al giudizio di merito sulla sussistenza dei presupposti per la concessione dei benefici, non esime la Magistratura di Sorveglianza dall'acquisire le informazioni da parte del Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica competente e da parte del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale, così come prescritto ai commi 2 e 3 *bis* dell'art. 4 *bis* o.p.⁶.

Ad oggi, dunque, la Magistratura di Sorveglianza, di fronte ad un'istanza proposta da un condannato per taluno dei reati ostativi elencati all'art. 4 *bis* comma 1 o.p., è tenuta ad una declaratoria di inammissibilità, senza poter valutare il caso concreto.

Con riferimento alla questione posta alla sua attenzione, la Corte costituzionale ha deciso di riunire i giudizi relativi a due questioni afferenti alla medesima disposizione ed evocative dei medesimi parametri costituzionali, seppur parzialmente differenti. Si tratta del giudizio di legittimità promosso dalla suprema Corte di cassazione con l'ordinanza n. 59 del 20 dicembre 2018 e di quello promosso dal Tribunale di Sorveglianza (d'ora in poi TdS) di Perugia con l'ordinanza n. 135 del 28 maggio 2019.

Entrambe le ordinanze, nel contestare la legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* o.p., fanno riferimento a casi di ergastolani ostativi che si sono visti dichiarare inammissibile l'istanza di permesso premio *ex art. 30 ter* o.p., in quanto non collaboranti con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* o.p.

Si tratta di due condannati per delitti commessi in contesto mafioso, ma la situazione dei due condannati differisce in maniera significativa: nel caso oggetto dell'ordinanza della Cassazione, ricorrente è un condannato per concorso esterno in associazione di stampo mafioso resosi responsabile della commissione di delitti perpetrati al fine di agevolare l'attività dell'associazione

⁶ Argomenta da tale considerazione come sia inesatto parlare di prova legale dell'assenza di collegamenti in caso di collaborazione con la giustizia: S. CARNEVALE, *Diritto al giudice e habeas corpus penitenziario: l'insostenibilità delle presunzioni assolute sui percorsi individuali*, in (a cura di) G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, G. VERONESI, *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra Corti*, in www.forumcostituzionale.it, 59.

medesima. Nel caso oggetto dell'ordinanza del TdS, si tratta invece di un affiliato ad una cosca mafiosa, vero e proprio partecipe *ex art. 416 bis c.p.*

Alla luce di quanto precisato, risulta ancora più interessante ripercorrere il diverso *iter* argomentativo delle due ordinanze. Ciò sarà in un secondo momento funzionale a mettere in evidenza le argomentazioni adottate dalla Consulta e a svolgere qualche riflessione in proposito. La Corte costituzionale, infatti - lo precisiamo fin da subito - ha ritenuto che la questione posta nell'ordinanza della Corte di Cassazione risultasse di fatto assorbita da quella del TdS di Perugia sulla scorta della considerazione che "nel più sta il meno".

Sebbene entrambe le ordinanze si caratterizzino per una spiccata propensione a lumeggiare le peculiarità specifiche del permesso premio rispetto alle misure alternative alla detenzione⁷, esse risultano a nostro avviso argomentativamente impostate in maniera diversa rispetto al profilo della supposta irragionevolezza della preclusione di accesso ai benefici in assenza di collaborazione: quella della Cassazione appare prioritariamente, anche se non esclusivamente, tesa ad argomentare la necessità di distinguere situazioni soggettive diverse che invece appaiono *de iure condito* irragionevolmente assimilate; la seconda, invece, appare volta ad evidenziare l'irragionevolezza intrinseca del meccanismo presuntivo di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p., con riferimento alla generalità delle posizioni soggettive possibili nel contesto di tipo mafioso.

1.1. L'ordinanza di rimessione della Cassazione

L'ordinanza della Cassazione, come anticipato, ha lavorato di cesello per impostare la questione di legittimità costituzionale sostenendo principalmente, alla luce dell'art. 3 Cost., l'irragionevolezza della previsione⁸.

⁷ Rammentiamo che il primo comma dell'art. 4 *bis* o.p., nel prevedere un divieto di accesso ai benefici per il condannato non collaborante, assimila da questo punto di vista l'accesso al lavoro all'esterno e i permessi premio alle misure alternative. L'unico beneficio che il condannato *ex art. 4 bis* o.p. può ottenere sono i giorni di liberazione anticipata concessi sulla base della partecipazione al programma trattamentale. Di tutta evidenza, però, come nei confronti del condannato per reati ostativi l'effetto premiale della liberazione anticipata, consistente in un accesso più rapido ai benefici, sia del tutto vanificato.

⁸ Cfr. Cass. pen., 20 novembre 2018, n. 59, in www.giurcost.org. Per un commento, cfr.: M.C. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt 3 e 27 Cost.*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2019.

La previsione di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p. assimila tutte le diverse situazioni soggettive di contiguità alla mafia per cui si prevede un medesimo meccanismo presuntivo.

Non è un caso, infatti, che venga richiamata la giurisprudenza della Consulta relativa alle misure cautelari e, nello specifico, al profilo della pericolosità sociale - presupposto da valutare sia per le misure cautelari sia per i permessi premio - in materia di criminalità di stampo mafioso, nella quale, con due sue fondamentali pronunce – le ordinanze nn. 57/2013⁹ e 48/2015¹⁰ – è stata scardinata la presunzione assoluta di pericolosità sociale con riferimento specifico, prima ai soggetti indagati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, e poi agli indagati per concorso esterno in associazione mafiosa¹¹.

Più in generale, nell'intento di argomentare l'irragionevolezza in sé della presunzione di pericolosità sociale connessa all'assenza di collaborazione con la giustizia, la Cassazione richiama inoltre tutte le più recenti sentenze della Consulta in materia di esecuzione della pena: le sentenze nn. 239/2014¹², 76/2017¹³ e, da ultimo, 149/2018¹⁴, in cui vengono affermati principi fondamentali

⁹ Pubblicata in www.giurcost.org. Per un commento, cfr.: G. LEO, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 aprile 2013; S. PALADINO, *Reati di mafia e presunzione di necessità della custodia cautelare in carcere. Gli orientamenti della Corte costituzionale a partire dalla sentenza 25-29/3/2013, n. 57*, in www.federalismi.it.

¹⁰ Pubblicata in www.giurcost.org. Per un commento: G. LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015.

¹¹ Nella prima delle due sentenze, la Consulta afferma un principio consolidato nella sua giurisprudenza, secondo cui le presunzioni assolute, limitative dei diritti fondamentali, violano il principio di uguaglianza ove arbitrarie e irrazionali ovvero non rispondenti "a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*".

¹² Per un commento: G. DI CHIARA, *Tutela della maternità, detenzione domiciliare speciale e divieto di concessione dei benefici*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 11, 1277 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2014; L. PACE, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 3948 ss.; D.M. SCHIRÒ, *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, 2015, 1067 ss.

¹³ Per un commento: E. FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello "speciale interesse del minore"*, in *Processo penale e giustizia*, 2017, 5, 872 ss.; G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 5, 321 ss.; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 733 ss.; A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2017, 1047 ss.

tra cui la progressività trattamentale, la flessibilità della pena e la non sacrificabilità della finalità rieducativa della pena sull'altare di qualsiasi altra funzione, con la conseguente legittimità delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari solo allorquando siano sorrette da una valutazione individualizzata del trattamento penitenziario che passi necessariamente attraverso una valutazione discrezionale del caso concreto da parte della Magistratura di Sorveglianza¹⁵.

Sempre per suffragare la tesi dell'irragionevolezza della preclusione, la Cassazione richiama infine la requisitoria del Procuratore generale, in cui si afferma che il meccanismo preclusivo di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p., riferito a condotte delittuose così diversificate, preclude ad una categoria "ampia e diversificata di condannati il diritto a ricevere un trattamento penitenziario rivolto alla risocializzazione, senza che sia data al giudice la possibilità di verificare in concreto la permanenza o meno di condizioni di pericolosità sociale".

Conclusivamente, secondo la ricostruzione proposta dal p.g. e ripresa dalla Cassazione, se la collaborazione *ex art. 58 ter* o.p. appare essere una manifestazione inequivocabile del distacco dal sodalizio, è evidente che la cessazione dei legami con la consorterìa mafiosa potrebbe anche essere provata *aliunde*. Se, dunque, le presunzioni assolute di pericolosità sociale non hanno legittimazione costituzionale, lo stesso si può dire anche con riferimento al fatto che la mancata collaborazione assurga a prova esclusiva dell'attualità dei collegamenti con l'associazione mafiosa, e, in ultima istanza, di mancato ravvedimento.

Infatti, i motivi che possono spingere il condannato a non collaborare non necessariamente si identificano con la sola volontà di questi di mantenere un collegamento con la consorterìa mafiosa o, detto altrimenti, dette motivazioni possono non contraddire il percorso rieducativo del condannato, giustificandosi piuttosto col legittimo timore per l'incolumità propria o della propria famiglia, o con la resistenza morale a denunciare un prossimo congiunto o chiunque altro o, ancora, con il rifiuto di una collaborazione meramente utilitaristica.

¹⁴ Per un commento: E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 7, 145 ss.; S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta online*, studi 2018/III, 505 ss.; A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2018, 3, 405 ss.

¹⁵ Per una panoramica complessiva rispetto al cammino condotto dalla Consulta nella lotta agli automatismi legali e alle presunzioni di pericolosità sociale, cfr. A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, cit., 1056-1057; ID., *L'interesse a bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un'altra preclusione*, *ibidem*, n. 1, 2019, 48 ss., in particolare 52-54.

Il secondo argomento a suffragio dell'illegittimità della norma, come anticipato - quello che poggia sulla supposta violazione dell'art. 27 comma 3 Cost. - è tutto giocato sulla differenza intercorrente tra il permesso premio e le diverse misure alternative il cui accesso è precluso al condannato per i reati ostativi. Il carattere contingente dell'esperienza premiale, che "non modifica le condizioni restrittive del condannato", fa sì che i requisiti di accesso alla stessa siano definiti dal legislatore in maniera molto distante da quelli, ben più pregnanti, richiesti per le diverse misure alternative¹⁶. I permessi premio sono inoltre considerati, al pari del lavoro all'esterno, parte integrante del percorso rieducativo del condannato.

L'impossibilità dunque per il Magistrato di Sorveglianza di indagare l'effettiva pericolosità sociale del condannato, in una con il percorso rieducativo da lui effettuato nel tempo, sembrano cozzare frontalmente con l'ideale rieducativo della pena cristallizzato all'art. 27 comma 3 Cost. In ultima istanza, il meccanismo preclusivo di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p., impedendo qualsiasi tipo di valutazione del caso concreto da parte della Magistratura di Sorveglianza, viola il diritto per il condannato a che "il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se, in effetti, la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo", principio questo già affermato dalla stessa Consulta nel lontano 1974 con la fondamentale sentenza n. 204¹⁷.

La Corte di Cassazione non richiama invece la supposta violazione dell'art. 117 Cost. in relazione al parametro interposto di cui all'art. 3 Cedu, che pure la difesa aveva invocato a suffragio della dedotta questione di legittimità costituzionale.

1.2. L'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Perugia

L'ordinanza del TdS di Perugia, dopo aver brevemente ripercorso le argomentazioni addotte dalla Cassazione, incentra la propria motivazione, dubitando della legittimità costituzionale *ex artt.*

¹⁶ La Cassazione, *a contrario*, giunge ad affermare che "soltanto rispetto a queste ultime le ragioni di politica criminale sottese alla preclusione assoluta di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p. possono apparire rispondenti alle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata". Rammentiamo che il requisito per l'accesso alla liberazione condizionale, tecnicamente considerata dal legislatore del 1930 una causa estintiva della pena ma sempre più contigua alle misure alternative proprio per effetto di alcune pronunce della Consulta, è quello del sicuro ravvedimento.

¹⁷ Senza contare, aggiunge in maniera significativa la Cassazione, che "anche la concessione di un permesso premio potrebbe sortire l'effetto di incentivare il detenuto a collaborare".

3 e 27 comma 3 Cost., sull'irragionevolezza della presunzione assoluta di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p., che impedisce alla Magistratura di Sorveglianza quel vaglio del caso concreto che va di pari passo con l'individualizzazione della risposta sanzionatoria e che potrebbe, ove legittimato, permetterle di valutare, oltre al percorso rieducativo intrapreso, anche le ragioni di un eventuale diniego di collaborazione.

Ed è su questo crinale che si innesta la digressione sulle peculiarità specifiche e sulla finalità del permesso premio, presentato come strumentale alla progressione nel percorso di responsabilizzazione del condannato. La stessa concessione e il buon esito di un primo premesso, così come la possibilità di poter fruire in futuro di nuovi permessi, potrebbero fungere da elementi propulsivi - ricorda il TdS - verso un cammino di risocializzazione nonché stimolare condotte collaborative.

Altrettanto condivisibile ed in linea con la giurisprudenza costituzionale più recente appare la considerazione che i permessi premio, essendo strumentali alla tutela di interessi specifici e all'esercizio pieno di diritti riconosciuti al condannato che coinvolgono anche interessi di soggetti terzi, non possono essere sottratti alla valutazione del caso concreto¹⁸. Senza contare che essi risultano funzionali alla gradualità e alla flessibilità della risposta sanzionatoria¹⁹, considerate dalla giurisprudenza costituzionale corollari imprescindibili dell'art. 27 comma 3 Cost.²⁰.

Impedire una valutazione del caso concreto che valorizzi l'individualizzazione della risposta sanzionatoria, imponendo una preclusione di accesso ai benefici in assenza di collaborazione, lede l'essenza stessa dell'ideale rieducativo con il rischio di preoccupanti derive verso il diritto penale d'autore.

Altrettanto fondamentale il percorso compiuto dalla Corte costituzionale nel disvelamento del volto costituzionale della pena, quale puntualmente richiamato dal TdS di Perugia, che da una concezione propriamente polifunzionale della pena è giunta all'affermazione della primazia della funzione rieducativa della pena (Corte cost. n. 450/1998), secondo cui né la particolare gravità del fatto né esigenze general-preventive negative possono "operare in chiave distonica" rispetto a detta

¹⁸ Così tutta la giurisprudenza costituzionale sull'art. 47 *quinquies* e più recentemente sull'art. 21 *bis* o.p. Cfr. nota n. 7.

¹⁹ I permessi premio rappresentano, infatti, in linea ideale, il primo momento del percorso di reinserimento sociale del detenuto.

²⁰ Sottolinea correttamente come il discorso abbia senso solo con riferimento alle pene temporanee e, aggiungiamo noi, all'ergastolo comune, M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 12 dicembre 2019, par. 4.

funzione, fino alla sua consacrazione ultima nella pluricitata sentenza n. 149/2018 in cui si afferma che, nella fase esecutiva della pena, la funzione rieducativa si esprime come imprescindibile necessità a che vengano valorizzati i progressi compiuti dal condannato nel percorso rieducativo²¹.

Il condannato, infatti, non va identificato con il reato commesso e, dunque, preclusioni assolute basate unicamente sulla commissione di una certa tipologia delittuosa non possono considerarsi costituzionalmente legittime²².

Nella fase dell'esecuzione della pena - lo scrive chiaramente il Presidente del TdS di Perugia - il tempo gioca infatti un ruolo fondamentale, utile a distinguere detta fase da quella cautelare²³. Ed è proprio questo l'argomento fondamentale che permette al TdS di andare oltre il necessario distinguo operato dalla Cassazione tra posizioni soggettive di differente contiguità al sodalizio mafioso e di affermare invece che, nella fase dell'esecuzione della pena, risulta imprescindibile l'apprezzamento della possibile evoluzione personologica del condannato. Questa valutazione viene, tutt'oggi, svolta solo in costanza di collaborazione con la giustizia in cui vengono apprezzate dalla Magistratura di Sorveglianza anche le ragioni che hanno condotto il condannato alla collaborazione.

Il meccanismo preclusivo di accesso ai benefici, pertanto, frustrerebbe detta esigenza, non solo con riferimento ai soggetti tecnicamente estranei all'associazione mafiosa che abbiano compiuto delitti avvalendosi del metodo mafioso o al fine di agevolare l'associazione mafiosa medesima, ma

²¹ L'ordinanza del TdS di Perugia cita testualmente un passaggio fondamentale della sentenza n. 149/2018 in cui si afferma: "La personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva del possibile cambiamento. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa - assieme - la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore - e la concreta concessione da parte del giudice - di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società".

²² Senza contare, lo stigmatizza bene il Presidente del TdS di Perugia, che la preclusione assoluta di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p. finisce con lo svuotare di significato l'istituto della liberazione anticipata il cui unico fine, risolvendosi in una decurtazione di giorni di pena, è quello di incentivare un virtuoso percorso rieducativo permettendo anzitempo l'accesso ai benefici.

²³ Ritroviamo nella sentenza Viola c. Italia molto di quanto espresso nell'ordinanza del TdS di Perugia, poi ripreso dalla Consulta con riferimento specifico al valore del tempo nel momento dell'esecuzione della pena. Secondo la Corte europea la personalità del condannato evolve naturalmente durante l'esecuzione della pena; proprio per questo il condannato deve poter conoscere quali siano i comportamenti potenzialmente apprezzabili al fine della sua liberazione. La presunzione di pericolosità collegata al tipo di reato commesso, invece, collega la pericolosità al momento di commissione del reato senza tenere adeguatamente in conto il percorso rieducativo che il condannato intraprende nella fase di esecuzione della pena. Cfr. Corte eur. dir. uomo, Viola c. Italia, 16 giugno 2019, ric. n. 77633/16, in <https://hudoc.echr.coe.int>; per una traduzione in italiano www.giustizia.it, in particolare i paragrafi 125-130.

anche rispetto al vero e proprio partecipe, di fatto disincentivando la stessa partecipazione del condannato al percorso rieducativo.

2. Il perimetro definito dalla Consulta per il proprio intervento

La vicenda giudiziaria ha sollevato nell'opinione pubblica e non solo un vivace dibattito.

Sono stati presentati in particolare numerosi interventi *ad adiuvandum* tra cui si segnalano quello del Garante nazionale delle persone private della libertà, dell'Unione camere penali italiane e dell'Associazione Nessuno Tocchi Caino.

Il detenuto S.C., già parte ricorrente nel giudizio *a quo* giunto in Cassazione, si è costituito in giudizio lamentando anche violazione dell'art. 117 Cost. in combinato disposto con il parametro interposto di cui all'art. 3 Cedu (divieto di trattamenti disumani e degradanti), richiamando altresì la sentenza Viola c. Italia nel frattempo pronunciata a Strasburgo in data 13 giugno 2019, peraltro divenuta definitiva prima dell'adozione della decisione in commento.

Allo stesso modo si è costituito in giudizio anche P.P., ricorrente nel giudizio di cui all'ordinanza del TdS di Perugia, chiedendo alla Consulta di valutare l'opportunità di estendere la sua pronuncia, *ex art. 27* della legge n. 87/1953, all'art. 4 *bis* comma 1 o.p. nella parte in cui subordina alla collaborazione con la giustizia *ex 58 ter* o.p. l'accesso alle misure alternative alla detenzione. Medesima richiesta era stata avanzata anche dal Garante Nazionale delle persone private della libertà personale.

La discussione è stata altrettanto animata anche tra i giuristi, in particolare costituzionalisti, penalisti e processualisti. È di fine settembre un importante seminario, c.d. *amicus curiae*, organizzato all'Università di Ferrara dai Professori Pugiotto, Brunelli e Veronesi i cui interventi sono stati raccolti in una pubblicazione inviata alla Corte costituzionale poco prima della pronuncia in commento²⁴. Tra i molteplici spunti di riflessione proposti in quella sede, certo il più rilevante riguardava la possibile incidenza sul caso di specie della pronuncia Viola c. Italia, relativa all'ergastolo ostativo, anche nell'ottica di una possibile pronuncia consequenziale che, andando ad

²⁴ Cfr. AA.Vv., (a cura di) G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, G. VERONESI, *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra Corti*, cit.

involgere il meccanismo preclusivo di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p. nella sua interezza, facesse venire meno la preclusione di accesso non solo con riferimento ai permessi premio ma a tutti i benefici richiamati dall'art. 4 *bis* comma 1 o.p.

Da più voci si auspicava dunque una pronuncia che facesse piazza pulita della preclusione di accesso ai benefici penitenziari in assenza di collaborazione, sia con riferimento ai condannati a pene temporanee sia con riferimento specifico ai cc.dd. ergastolani ostativi.

Rammentiamo che la sentenza Viola c. Italia ha visto la condanna dell'Italia per non aver riconosciuto all'ergastolano ostativo il c.d. diritto alla speranza: è la stessa dignità umana che impedisce di privare il condannato della libertà *sine die*, negandogli una concreta possibilità di risocializzazione²⁵.

Non a caso la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione, ha inteso definire in maniera precisa i limiti della propria pronuncia.

Al primo quesito ha dato agilmente risposta negativa: se pure, come chiarito, il ricorrente S.C. aveva prospettato un ulteriore parametro costituzionale su cui fondare la questione di legittimità, non possono essere presi in considerazione ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti dalle parti oltre i limiti dell'ordinanza di rimessione, che non ne fa cenno alcuno.

Precisa inoltre espressamente la Consulta che le questioni prospettate non riguardano il c.d. ergastolo ostativo, oggetto specifico della citata sentenza Viola c. Italia, quanto piuttosto la situazione dei condannati a qualsiasi pena, sia temporanea sia a vita, per delitti di associazione mafiosa di cui all'art. 416 *bis* c.p. e delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste.

Risulta dunque una mera contingenza il fatto che i due ricorrenti fossero entrambi condannati alla pena dell'ergastolo ostativo, essendo stata proposta questione di legittimità costituzionale, con riferimento specifico ai reati ostativi citati, del meccanismo preclusivo di accesso ai benefici penitenziari solo in relazione al permesso premio, senza che venisse contestata la legittimità costituzionale anche della previsione di cui all'art. 2 comma 2 del d.l. n. 152/1991, conv. in legge n. 203/1991²⁶.

²⁵ Per un primo commento alla sentenza cfr. V. MANCA, *La declinazione della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in *Archivio penale web*, 2, 2019.

²⁶ Detta norma prevede espressamente, attraverso la tecnica del rinvio, il divieto di accesso alla liberazione condizionale per l'ergastolano ostativo che non collabori con la giustizia.

3. Il percorso argomentativo della Consulta

Definito il perimetro della propria pronuncia, la Consulta procede ripercorrendo brevemente l'evoluzione normativa dell'art. 4 *bis* o.p. Introdotto nel 1991 con d.l. n. 152, nella sua prima formulazione esso prevedeva due diverse "fasce di reati". Per la prima veniva previsto un elevato standard probatorio: per accedere ai benefici, bisognava che fossero acquisiti "elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva". Per i reati della "seconda fascia", si richiedeva invece l'insussistenza di elementi tali da far ritenere attuali detti collegamenti. A ciò si aggiungeva la necessità di aver espiato un termine di pena superiore a quello ordinario per l'accesso ai benefici, a meno che il condannato non decidesse di collaborare con la giustizia.

Dopo la strage di Capaci, con d.l. n. 306/1992, il legislatore è intervenuto in maniera importante sulla disciplina di cui all'art. 4 *bis* o.p. introducendo la preclusione assoluta di accesso ai benefici ove manchi la collaborazione di cui all'art. 58 *ter* o.p. Accanto a questa ipotesi veniva prevista quella della collaborazione irrilevante, ove ricorresse una delle attenuanti di cui agli artt. 62 numero 6, 114, o 116 comma 2 c.p., purché venissero acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. In prosieguo di tempo, grazie a fondamentali sentenze della Consulta²⁷, si è giunti all'attuale formulazione dell'art. 4 *bis* comma 1 *bis* in cui sono disciplinate le diverse ipotesi di collaborazione "non fruttuosa", ovvero impossibile, inutile o irrilevante, e per cui viene riproposto il rigoroso parametro probatorio di cui alla "prima fascia" originaria.

La previsione, al di là delle legittime considerazioni in termini di irragionevolezza della preclusione delineata dal legislatore, si presenta come un sistema in sé coerente: solo la collaborazione con la giustizia *ex* 58 *ter* o.p., di cui al comma 1, fa presumere che i collegamenti con il consesso mafioso siano cessati; ove invece la collaborazione risulti "infruttuosa", ai sensi del comma 1 *bis*, è necessario acquisire elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti.

La Consulta prende le mosse dalla sentenza n. 306/1993, che già aveva espresso dubbi riguardo alla tesi secondo cui la decisione di collaborare con la giustizia sarebbe la sola indicativa della

²⁷ Cfr. Corte cost., sentenze nn. 68/1995, 357/1994, 306/1993, tutte pubblicate in www.giurcost.org.

volontà di emenda del condannato: da un lato, infatti, la scelta può essere dettata da ragioni opportunistiche, dall'altro non è solo la scelta collaborativa a poter essere apprezzata in chiave di ravvedimento del condannato²⁸. La medesima sentenza aveva stigmatizzato la presunzione di cui all'art. 4 *bis* o.p. ritenendola in aperta contraddizione con la finalità rieducativa della pena in quanto la stessa tecnica legislativa adottata, quella per tipizzazione dei titoli di reato, non appariva in linea con i principi di proporzione e di individualizzazione della pena, prestando il fianco ad una deriva verso i c.d. "tipi d'autore".

4. La decisione

La Consulta ritiene che non sia la presunzione in sé di attualità del collegamento in assenza di collaborazione ad essere illegittima costituzionalmente, quanto piuttosto il suo carattere assoluto. E ciò sotto tre distinti profili: in primo luogo, la presunzione assoluta ha una ricaduta negativa per il condannato nella misura in cui gli impone conseguenze afflittive ulteriori non correlate al fatto commesso e dovute esclusivamente alla sua renitenza a collaborare; in secondo luogo, perché impedisce una valutazione individualizzata del caso concreto da parte della Magistratura di Sorveglianza, con particolare riguardo al percorso rieducativo intrapreso dal condannato; in terzo luogo, perché la presunzione medesima si basa su di una generalizzazione che potrebbe invece essere sconfessata proprio grazie alla valutazione del caso concreto.

Non v'è chi non veda che tutti i profili citati risultano inevitabilmente connessi.

Quanto al primo profilo, la Consulta stigmatizza l'attuale assetto normativo, funzionale ad evidenti esigenze investigative, che prevede un trattamento ulteriormente afflittivo per il condannato che decida di non collaborare, con ciò "immettendo nel percorso carcerario del condannato...elementi estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena". Se, infatti, un regime premiale, che preveda il venir meno di termini più qualificati per l'accesso ai benefici, può giustificarsi, un regime deteriore, quanto alle modalità di esecuzione della pena, appare in contrasto

²⁸ Sono queste, lo rammenta anche la Consulta, le stesse argomentazioni fatte proprie dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Viola c. Italia*, cit.

in primo luogo con il principio di proporzione della pena e, più in generale, con l'istanza rieducativa.

Quanto agli ulteriori due profili, riprendendo l'argomentazione del Presidente del TdS di Perugia, la Consulta mette in evidenza come sia il trascorrere del tempo la variabile che, nel momento dell'esecuzione della pena, deve necessariamente essere valutata e apprezzata dalla Magistratura di Sorveglianza: nel prisma del tempo che trascorre devono essere apprezzati i progressi che il condannato ha compiuto nel percorso di rieducazione. E, aggiunge la Consulta, il fattore tempo è fondamentale anche rispetto alla valutazione del contesto esterno perché la realtà associativa potrebbe non esistere più a distanza di anni. Ciò fonda l'irragionevolezza ed il contrasto con la finalità rieducativa della pena di una presunzione assoluta di pericolosità sociale che non ammette prova contraria.

Con la pronuncia additiva in commento, la Consulta trasforma dunque la presunzione da assoluta in relativa²⁹.

Nell'ultima parte della sentenza la Consulta fornisce però alla Magistratura di Sorveglianza stringenti indicazioni perché possa vincersi la presunzione relativa di immanenza di collegamenti in caso di mancata collaborazione utile. Richiamando ancora una volta l'*iter* evolutivo dell'art. 4 *bis* o.p., e nello specifico la previsione di cui all'attuale comma 1 *bis*, la Corte afferma che la presunzione non risulta certo superabile sulla base della "sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione", ma in forza di altri congrui e specifici elementi: non basta l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, ma bisogna acquisire anche elementi utili a scongiurare il pericolo di un loro ripristino³⁰. "L'acquisizione di stringenti

²⁹ Si rammenta che la prima Commissione Palazzo di riforma del sistema sanzionatorio, istituita nel 2013, aveva elaborato una proposta di emendamento dell'art. 4 *bis* o.p. che prevedeva di modificare la preclusione di accesso ai benefici, in assenza di collaborazione, da assoluta in relativa. La Relazione di accompagnamento alla proposta si esprime in questi termini: ferma l'acquisizione di elementi tali da escludere i collegamenti con l'associazione mafiosa, si ammette che possa essere data la prova di elementi diversi dalla collaborazione a suffragio della concessione dei benefici. Per la proposta di articolato e la relazione di accompagnamento cfr. www.penalecontemporaneo.it, 19 febbraio 2014.

³⁰ Se ciò implichi un'implicita abrogazione *de facto* della previsione di cui al comma 1 *bis*, è questione fortemente dibattuta. Per la tesi della sussistenza di un interesse del condannato a vedersi tuttora riconoscere la collaborazione impossibile anche con riferimento alla concessione di un permesso premio, cfr.: A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019*, in www.giurisprudenzapenale.com, 27 gennaio 2020; A. MENGHINI, *Permessi premio: la Consulta apre*

informazioni in merito all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata (a partire da quelli di natura economico-patrimoniale) non solo è criterio già rinvenibile nell'ordinamento ... nella stessa disposizione di cui è questione di legittimità costituzionale ... ma è soprattutto criterio costituzionalmente necessario per sostituire *in parte qua* la presunzione assoluta caducata...³¹.

Precisa infine la Consulta che grava sul condannato l'onere di allegazione di entrambi gli elementi - quelli funzionali ad escludere l'attualità dei collegamenti e quelli utili ad escludere il pericolo di un loro ripristino - e che, ove le informazioni pervenute dal Comitato per l'ordine e la sicurezza competente fossero di segno negativo, detto onere si trasforma in un vero e proprio onere di prova.

Quest'onere di allegazione costituisce effettivamente un aspetto di novità, anche per il suo oggetto che viene ad essere arricchito dalla necessità di escludere il pericolo di ripristino dei collegamenti, e rischia, a conti fatti, di vanificare il portato della pronuncia laddove la prova di quest'ultimo elemento appare non solo di difficile definizione, quanto all'oggetto dell'allegazione medesima, ma anche tanto più impossibile quanto si richieda la certezza assoluta dell'assenza del pericolo di ripristino. Stando così le cose, la possibilità di accesso al beneficio del permesso premio appare del tutto eccezionale³².

Infine, "per evitare la creazione di una paradossale disparità", la Consulta ha dichiarato in via consequenziale l'illegittimità costituzionale, nei termini predetti, anche con riferimento ai restanti reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p., reati per cui effettivamente meno si giustificano sia la pretesa di collaborazione sia la prova della rescissione del collegamento con il sodalizio criminoso, potendo essere reati completamente avulsi dal contesto associativo mafioso o eversivo.

un varco nell'art. 4 bis comma 1 ord. penit., in *Giurisprudenza italiana*, 2020, in corso di pubblicazione. La giurisprudenza di legittimità si è per il vero espressa in senso contrario, sostenendo che, venuta meno la necessità della collaborazione *ex art. 58 ter* o.p., viene meno anche il fondamento della previsione di cui al comma 1 *bis*. Cfr., tra le altre: Cass. pen., 14 gennaio 2020, nn. 3307, 3308, e 3309 in *www.dejure.it*. Più di recente si è avuta invece una pronuncia di segno diverso: Cass. pen., 28 gennaio 2020, n. 5553, in *www.dejure.it*. Ciò che è certo è che, allo stato, rimane uno spazio applicativo rilevante con riferimento ai benefici diversi dai permessi premio.

³¹ Così la sentenza in commento, par. 9.

³² Così già M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., par. 3.

5. Conclusioni

La Consulta prosegue dunque spedita sul terreno dello smantellamento progressivo delle presunzioni assolute in materia di esecuzione della pena, restituendo passo dopo passo alla Magistratura di Sorveglianza quella discrezionalità sul caso concreto che è viatico necessario e imprescindibile per la piena realizzazione del fine rieducativo della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost. e che non può prescindere dall'individualizzazione della risposta sanzionatoria.

La Corte non perde occasione per affermare con sempre maggiore convinzione che presunzioni assolute di pericolosità sociale non possono essere considerate in linea con il dettato costituzionale ed in particolare con la finalità rieducativa della pena se è vero che, basandosi esclusivamente sulla gravità del fatto commesso, non permettono una valutazione dell'evoluzione personologica del condannato.

Dalla pronuncia in oggetto non deriva peraltro il diritto del condannato ad ottenere il permesso premio, ma viene aperto uno spazio di manovra in cui è data la possibilità alla Magistratura di Sorveglianza di raccogliere, in prima istanza, elementi a suffragio dell'assenza di attualità di collegamenti, tra cui l'assunzione delle informazioni da parte del Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica competente, di cui all'art. 4 *bis* comma 2, e delle comunicazioni del Procuratore nazionale antimafia e del Procuratore distrettuale, di cui al comma 3 *bis*. A questo proposito la sentenza afferma che sussiste un onere di allegazione in capo al condannato rispetto al duplice profilo evidenziato (acquisizione di elementi che escludono la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata e pericolo di un loro ripristino). Ciò, è bene precisarlo, esclude in radice che i condannati soggetti al regime di cui al 41 *bis* o.p., considerati i presupposti per l'applicazione di detto speciale regime, possano essere interessati dalla pronuncia in oggetto.

Una volta acquisita la prova dell'assenza di collegamenti, sarà comunque necessario valutare adeguatamente il percorso rieducativo intrapreso dal condannato, valutazione questa che si rifrange sul profilo della pericolosità sociale, la cui assenza è requisito per la concessione del permesso premio.

La pronuncia apre dunque ad una possibile valutazione nel merito anche in caso di assenza di collaborazione. Ciò non deve scandalizzare: si restituisce infatti alla Magistratura di Sorveglianza

quel giudizio che le è proprio e che rappresenta il cuore pulsante dell'esecuzione penale, in cui il condannato deve poter essere apprezzato nel suo evolvere³³.

Nel fare ciò la Consulta apre una breccia significativa nella struttura della previsione di cui all'art. 4 *bis* comma 1 o.p., andando a sindacare la stessa tenuta logico-razionale della presunzione di pericolosità sociale, considerata irrazionale in quanto non espressiva dell'*id quod plerumque accidit* ed illogica nella sua supposta, e non comprovata, valenza rieducativa di indice legale di persistente pericolosità³⁴.

Pertanto, se correttamente la Consulta ha ritenuto di definire il perimetro della portata della propria pronuncia ascrivendovi qualsiasi tipologia di condanna (pene temporanee e a vita) per qualsiasi tipo di reato ostativo, grazie ad una pronuncia consequenziale di illegittimità costituzionale, pare che buona parte delle argomentazioni addotte potranno essere in futuro riproposte, anche con riferimento specifico alle diverse misure alternative il cui accesso risulta tuttora impedito.

D'altra parte anche la Corte di Strasburgo, nel sindacare nello specifico il tema dell'ergastolo ostativo, ha espresso taluni degli argomenti fatti propri dalla Consulta. In particolare, con riferimento al meccanismo presuntivo che fa discendere dall'assenza di collaborazione l'immanenza del collegamento con la criminalità organizzata e conseguentemente la pericolosità del condannato, la Corte europea ha stigmatizzato la "non libertà" della scelta collaborativa così come l'equivalenza imposta tra mancata collaborazione e pericolosità sociale del condannato. Non diversamente da quanto opinato dalla Consulta, secondo la Corte di Strasburgo detta "equivalenza ... finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del ricorrente".

³³ Rammentiamo che il CONAMS, associazione rappresentativa della Magistratura di Sorveglianza, ha diramato in data 16 novembre 2019 un comunicato successivo alla pronuncia in cui, tenuto conto di talune reazioni espresse su diverse testate giornalistiche, ha ribadito come "l'esercizio del potere discrezionale costituisca un connotato essenziale della giurisdizione rieducativa e sia patrimonio storico della Magistratura di sorveglianza ... che ha sempre esercitato tale discrezionalità in casi molto difficili, ad alto rischio e sotto elevata pressione ambientale, con senso di responsabilità e senza lasciarsi condizionare da indebite interferenze di qualsivoglia provenienza, rispondendo al proprio mandato istituzionale ed obbedendo alla propria coscienza e deontologia professionale ...". Cfr. *Comunicato del Conams su ergastolo ostativo e ruolo della Magistratura di Sorveglianza*, in www.conams.it.

³⁴ Così già F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in (a cura di) G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, G. VERONESI, *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra Corti*, cit., 14.