

**PERMESSI PREMIO E REATI OSTATIVI.
CONDIZIONI, LIMITI E POTENZIALITÀ DI SVILUPPO
DELLA SENT. 253/2019 DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

di Marco Pelissero

(Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli studi di Torino)

SOMMARIO: 1. Il contesto normativo di progressivo rafforzamento e ampliamento delle preclusioni. - 2. Gli interventi correttivi negli sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale. - 3. Delimitazione e puntualizzazione sull'oggetto del giudizio. - 4. La rottura del binomio "non collaborazione-permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata". - 5. Il regime probatorio (iper)rafforzato. - 6. La dichiarazione di incostituzionalità consequenziale. - 7. Gli effetti, diretti e indiretti, della sentenza.

1. - Con la sentenza n. 253/2019, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1 Op nella parte in cui prevede che ai condannati per i delitti ivi indicati non possano essere concessi permessi premio in assenza della collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*quater* Op allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il ripristino di tali collegamenti. La sentenza incrina ulteriormente la rigidità del regime delle preclusioni nell'accesso ai benefici penitenziari, proseguendo la strada già in parte intrapresa nel risolvere i casi di collaborazione impossibile e più recentemente percorsa con la sentenza n. 149/2018 nell'abbattere una preclusione (art. 58-*quater*, comma 4 Op) meno nota di quella di cui all'art. 4-bis. Su questo sviluppo tornerò, ma si può sin d'ora concordare con chi ha evidenziato che la pronuncia in commento non è stata un approdo inaspettato»¹.

È necessario premettere che gli interventi correttivi della Corte costituzionale non inficiano il ricorso *tout court* al regime delle preclusioni, ma intervengono su specifiche ipotesi, la cui dichiarazione di illegittimità, tuttavia, indebolisce la solidità dei regimi preclusivi che il legislatore ha inserito, e progressivamente irrigidito, nella disciplina dell'ordinamento penitenziario.

¹ A. Pugiotto, *La sent. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *FQCost*, 4.2.2020.

Per comprendere il percorso argomentativo e gli effetti della sentenza n. 353/2019 è, dunque, necessario partire dal contesto, legislativo e giurisprudenziale, nel quale si calano le preclusioni di cui all'art. 4-bis Op.

L'attuale contesto legislativo è il risultato del progressivo rafforzamento delle esigenze di prevenzione generale e, soprattutto, di difesa sociale e prevenzione speciale negativa a scapito della funzione rieducativa della pena in relazione ai condannati per determinate fattispecie di reato, in controtendenza rispetto alle riforme dell'ordinamento penitenziario del 1975 e del 1986². Nella versione originaria, l'art. 4-bis Op, introdotto dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203) 152/1991, prevedeva due fasce di reati: per i condannati per reati in tema di criminalità organizzata o eversiva (reati di c.d. prima fascia, indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis), l'accesso ai benefici penitenziari era possibile a condizione che fossero stati acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»; ai condannati per altri gravi reati, nei quali la connessione con la criminalità organizzata era solo eventuale (reati di c.d. seconda fascia, indicati nel comma 2 dell'art. 4-bis), era sufficiente, per la concessione dei benefici, l'insussistenza di elementi tali da far ritenere sussistenti tali collegamenti. Va da subito evidenziata, anche per il rilievo che assume in relazione alla sentenza in commento, la differenza di regime probatorio previsto per l'accesso ai benefici penitenziari, in quanto per i reati di prima fascia si richiede la prova dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, mentre per i reati di seconda la prova è negativa, ossia devono essere assenti elementi che denotino tali collegamenti: un regime probatorio, dunque, rafforzato nella prima fascia e più semplificato nella seconda. Al contempo si prevedevano limiti temporali di accesso ai benefici, diversi da quelli ordinari, che tornavano ad essere applicabili, qualora il condannato avesse collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter Op.

Questa disciplina è stata inasprita dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356) che ha previsto che ai condannati per i delitti di prima fascia potessero essere concessi i benefici penitenziari solo qualora avessero collaborato con la giustizia, non applicandosi, in tal caso, i limiti temporali previsti dalla disciplina penitenziaria per l'applicazione delle diverse misure³: da questo momento la collaborazione diventa elemento determinante per accedere ai percorsi extracarcerari, assurgendo a prova legale, non suscettibile di prova contraria, dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata. Il nuovo regime è ben sintetizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza 68/1995: «Si passa [...] da un sistema fondato su di

² Sullo sviluppo della disciplina si rinvia a A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41-bis o.p.*, Milano 2016.

³ Cass., 3.2.2016 n. 37578 in *CED Cass* m. 268250 ; Cass., 12.7.2006 n. 30434 in *CED Cass* m. 235266.

un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)»⁴. Il detenuto non collaborante è, dunque, presuntivamente pericoloso e va escluso dai percorsi extramurari.

Questa disciplina, introdotta nel sistema come regime eccezionale riservato ai reati di criminalità organizzata o connotati da legami con la stessa, si è progressivamente espanso, in quanto il regime preclusivo è stato esteso ad altre fattispecie di reato, che non necessariamente presentano una identità di *ratio* rispetto al nucleo originario di fattispecie per le quali le preclusioni erano state pensate. Il contrasto alla criminalità organizzata, che costituiva la ragione storica della disposizione, ha lasciato il posto ad una più generica valutazione di pericolosità sociale unicamente in ragione del titolo di reato per il quale è prevista la detenzione: è questa la conclusione a cui è giunta la Corte costituzionale nella sent. 188/2019, che ha ricollegato la specialità del regime penitenziario alla valutazione del legislatore in ordine all'allarme sociale procurato da un determinato reato⁵. È evidente che, abbandonato il riferimento alla criminalità organizzata, il criterio selettivo ancorato all'allarme sociale si fa «complesso, eterogeneo, stratificato»⁶ e l'art. 4-bis diventa «norma contenitore»⁷ soggetta alle più diverse sollecitazioni. L'inserimento di un reato nell'elenco di cui al primo comma dell'art. 4-bis Op, a cui si accompagna, come norma congiunta di sistema, l'esclusione dalla sospensione dell'ordine di carcerazione (art. 656, comma 9 Cpp) statuisce l'imprescindibilità dell'esecuzione carceraria della pena per il condannato. C'è una chiara comunicazione simbolica, che talvolta diventa irrazionale ed irragionevole, come ha dimostrato, da ultimo, l'inserimento tra i reati ostativi di alcuni delitti contro la pubblica amministrazione nell'ambito di una riforma che si è mossa all'insegna di una campagna politica di moralizzazione dell'etica pubblica attraverso il diritto penale (l. 3/2019)⁸, che ha coinvolto una fattispecie come

⁴ Corte cost. 1.3.1995 n. 68 in cortecostituzionale.it.

⁵ Corte cost., 18.7.2019 n. 188 in cortecostituzionale.it; v. anche Corte cost. 20.7.2001 n. 273 in cortecostituzionale.it. Si vedano a riguardo le osservazioni critiche di F. Fiorentin, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, in *DPP*, 2019, 1596 ss.

⁶ Corte cost., 17.2.2016, n. 32 (per un commento a questa sentenza v. G. Leo, *Prime valutazioni della Corte costituzionale sulla liberazione anticipata speciale*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.3.2016).

⁷ Cass., ord. 18.6.2019 n. 31853 in *DG*, 19.7.2019.

⁸ Sullo spirito populista della l. 3/2019, v. E. Dolcini, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.5.2019, 6; G.D. Caiazza, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *DPP*, 2019, 591. Più in generale, per una efficace riflessione sui limiti del ricorso al diritto penale come strumento di governo dell'etica pubblica, v. M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena 2014. Con particolare riguardo all'estensione dell'art. 4-bis ai delitti di corruzione e ad al contrasto che da subito si è venuto a creare tra le scelte di politica criminale del legislatore e le posizioni di resistenza della magistratura, v. P. Felicioni, *Reati contro la p.a. e accesso ai benefici penitenziari: i fermenti "riformatori" della giurisprudenza*, in

il peculato per distrazione (art. 314, comma 1 Cp) non solo estranea al nucleo storico dei reati di criminalità organizzata, ma nemmeno caratterizzata da quell'allarme sociale che dovrebbe giustificare l'applicazione del regime derogatorio costituito dal combinato disposto degli artt. 4-bis Op-656, comma 9 Cpp⁹.

A queste preclusioni il legislatore ne aveva affiancate altre all'art. 58-*quater* Op, inserito dal d.l. 152/1991: al comma 1 il divieto per i condannati colpevoli del delitto di evasione (art. 385 Cp) di accedere all'assegnazione al lavoro all'esterno, ai permessi premio, all'affidamento in prova al servizio sociale, alla detenzione domiciliare e alla semilibertà; al comma 4 l'impossibilità, per i condannati per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 Cp che abbiano cagionato la morte del sequestrato, di accedere ai benefici di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni¹⁰.

Infine, più recentemente, in relazione ad alcuni reati contro la libertà sessuale e in tema di pedopornografia, si è disposto che i benefici di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* possano essere concessi solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno (art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, introdotto dalla l. 38/2009 e successive modificazioni): anche questo regime ha visto una progressiva espansione dei reati-presupposto, tra i quali è stato da ultimo inserito il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* Cp, introdotto dalla l. 69/2019, c.d. codice rosso)¹¹.

Lo sviluppo normativo è, dunque, andato in due direzioni che si sono parzialmente sovrapposte: l'irrigidimento del regime delle preclusioni, che introducono ostacoli nell'accesso ai benefici penitenziari; il progressivo ampliamento dei reati ostativi a cui si applicano queste preclusioni. Così un regime, nato come istituto "eccezionale" nel contrasto alla criminalità organizzata, si espande così da far apparire sempre più "normale" la logica preclusiva che rafforza ed amplia la carcerizzazione.

2. - Su questo sistema rigido di accesso ai benefici penitenziari hanno inciso diverse sentenze della Corte costituzionale, che hanno ammorbidito il rigore delle

DPP, 2019, 910 ss. Sulla questione della retroattività della disciplina si è da ultimo pronunciata Corte Cost. 26.2.2020, n. 32 in cortecostituzionale.it.

⁹ Si veda a riguardo l'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale: Cass., 18.7.2019 n. 31853 in *DG*, 19.7.2019.

¹⁰ C. Cesari, Art. 58-*quater*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, Milano 2019, 852 ss.

¹¹ Per un commento a questa norma v. L. Caraceni, Art. 4-*bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 76 ss.

scelte di politica criminale avviate all'inizio degli anni Novanta, preparando il contesto nel quale si cala la più recente presa di posizione della Consulta.

La rigidità del regime delle preclusioni ha subito una prima importante incrinatura per effetto delle sentenze che si sono misurate con la collaborazione impossibile: la Corte costituzionale, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 4-bis, comma 1 Op, ha consentito di concedere i benefici penitenziari nei casi di collaborazione impossibile, a causa della limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, o di collaborazione inutile, in presenza dell'avvenuto integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, sempre che, nell'uno e nell'altro caso, siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata¹². Emerge in particolare nella sentenza sulla collaborazione inutile la centralità della funzione rieducativa della pena in funzione di ammorbidimento della rigidità del regime delle preclusioni: «Introdurre [...] come presupposto per la applicazione di istituti funzionali alla rieducazione del condannato un comportamento che obiettivamente non può essere prestato perché nulla aggiungerebbe a quanto è stato già accertato con la sentenza irrevocabile, equivale evidentemente ad escludere arbitrariamente una serie importante di opportunità trattamentali, con chiara frustrazione del precetto sancito dall'art. 27 della Costituzione e senza alcuna "contropartita" sul piano delle esigenze di prevenzione generale»¹³, che la stessa Corte non disconosce, senza peraltro renderle preminenti rispetto alla funzione rieducativa in fase esecutiva.

Ed ancora è stata la stessa Corte costituzionale ad avanzare già nel 1993 dubbi sulla necessaria connessione tra mancata collaborazione e permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, affermando che «la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere frutto [...] di incolpevole impossibilità di prestarla, ovvero essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare»¹⁴.

Più recentemente, la Corte costituzionale è intervenuta sull'art. 58-*quater* Op, «nella parte in cui prevede che i condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 630 e 289-*bis* Cp, che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* se non abbiano

¹² Si tratta delle due importanti sentenze 27.7.1994, n. 357 e 1.3.1995, n. 68, sulle quali v. L. Caraceni, Art. 4-bis, cit., 67 ss.

¹³ Corte cost. 1.3.1995 n. 68, punto 6 della motivazione in cortecostituzionale.it.

¹⁴ Corte cost. 7.8.1993 n. 306 in cortecostituzionale.it.

effettivamente espiato almeno ventisei anni» di pena¹⁵: nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della preclusione rigida nell'accesso ai benefici penitenziari (ventisei anni di pena effettivamente scontata significa anche refrattarietà agli sconti della liberazione anticipata), la Corte sottolinea il significato imprescindibile della rieducazione in fase esecutiva, come connotato di una pena flessibile e in costante adeguamento allo sviluppo della personalità del condannato. In linea con quanto affermato nella sent. 68/1995, la sentenza 149/2018, pur accogliendo la nozione polifunzionale di pena, valorizza la centralità della finalità rieducativa in fase esecutiva, senza arretramenti condizionati da esigenze di prevenzione generale: se la particolare gravità del reato e le ragioni di prevenzione generale possono essere legittimamente considerate dal legislatore nel momento in cui la sanzione "nasce", in fase esecutiva quelle stesse esigenze «nemmeno possono [...] operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima». La preclusione introduce un limite rigido non compatibile con i principi costituzionali. Cade così la preclusione in relazione ai condannati alla pena dell'ergastolo e, con la successiva sent. 229/2019, anche in relazione ai condannati alla pena della reclusione che si trovino nelle stesse situazioni di cui all'art. 58-*quater* Op, per la conseguenziale necessità di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza¹⁶.

A completare il quadro di fragilità dei regimi rigidi di preclusione, va considerata la tendenziale contrarietà all'art. 3 Cost. delle presunzioni legali in materia penale: «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerunque accidit*», ossia «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»¹⁷. In forza di questa argomentazione sono cadute dinanzi alla Corte

¹⁵ Corte cost. 11.7.2018 n. 149 in cortecostituzionale.it. Su questa sentenza v. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, www.penalecontemporaneo.it, 18.7.2019; M. Pellissero, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *RIDPP*, 2018, 1359 ss.; A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio cost.*, 2018, 405 ss.; C. Cesari, *Art. 4-bis, cit.*, 865; T. Travaglia Cicirello, *La funzione rieducativa della pena, le rigidità dell'ergastolo e l'opera correttiva della giurisprudenza costituzionale*, in *DPP*, 2019, 363; A. Galluccio, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *QuestG*, 16.7.2018; S. Talini, *La valorizzazione del termine "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta on line - Studi*, 2018, 504 ss.

¹⁶ Corte cost. 8.11.2019, n. 229; per una sintesi delle questioni affrontate, v. S. Bernardi, *Dalla Consulta un'ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell'esecuzione della pena detentiva: definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58-*quater*, co. 4 ord. penit.*, in *SP*, 21.11.2019.

¹⁷ Corte cost. 232 e 213 del 2013; 182 e 164 del 2011; 269 e 139 del 2010 in cortecostituzionale.it.

costituzionale le presunzioni di pericolosità sociale relative alle misure di sicurezza¹⁸ e, più recentemente, la recidiva obbligatoria di cui all'art. 99, comma 5 Cp¹⁹. Anche questo orientamento della Corte costituzionale incide sulla necessaria flessibilità della pena in fase esecutiva, in quanto le preclusioni, a prescindere dalla loro formulazione, si fondano sulla presunzione di non adeguatezza del detenuto, in ragione del reato commesso, rispetto alla disciplina generale che governa il trattamento penitenziario e i percorsi extracarcerari.

Lo sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale mostra, dunque, un processo di progressivo rafforzamento della contrarietà ai principi costituzionali di ostacoli legali alla valutazione giudiziale dello sviluppo della personalità del detenuto in fase esecutiva.

Il quadro già così maturo per l'ammorbidente del regime delle preclusioni ha trovato un importante avallo nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Viola contro Italia del luglio dello scorso anno che ha sancito il contrasto con la garanzia dell'art. 3 CEDU della disciplina dell'ergastolo ostativo²⁰. Si tratta di una pronuncia fondamentale che anche la Corte costituzionale, nella sentenza in commento che pur non tocca – come dirò tra breve – la questione dell'ergastolo ostativo, valorizza in alcuni passaggi, specie laddove i giudici di Strasburgo evidenziano l'irragionevolezza delle preclusioni a base premiale nell'accesso alle misure alternative e sottolineano la centralità *in executivis* dello sviluppo della personalità del detenuto. C'è in questa osmosi delle argomentazioni un importante segnale di dialogo tra le Corti nella definizione delle garanzie inviolabili, anche quando si tratta di autori di gravissimi reati rispetto ai quali è massimo quell'allarme sociale che, anche nella riflessione della Corte costituzionale, giustifica la previsione di regimi penitenziari differenziati.

¹⁸ Per una sintesi v. P. Patrono, *Art. 203*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti – S. Seminara – G. Zuccalà, Padova 2017, 727 ss.; M. Pelissero, *Art. 203*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano, 2511.

¹⁹ Corte cost. 23.7.2015 n. 185 in cortecostituzionale.it. Su questa pronuncia, v. F. Rocchi, *Cadono l'obbligatorietà della recidiva 'qualificata' e il relativo automatismo sanzionatorio*, in *DPP*, 2015, 1493 ss.; M. Pelissero, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *GCos*, 2015, 1512.

²⁰ Corte EDU, *Viola c. Italia*, 13 giugno 2019, Ric. n. 77633/16. Su questa sentenza v. S. Santini, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in www.penalecontemporaneo.it, 1.7.2019; M.S. Mori – V. Alberta, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *GPW*, 14.6.2019. Sull'ergastolo ostativo, v. i contributi nel volume, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino 2019; C-Musumeci – A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli 2016. Sul tema, si vedano altresì gli interventi di diversi professori, giudici ed avvocati pubblicati ad ottobre 2019, in vista della pronuncia della sent. 253/2019, in *Il Sole-24 ore* (versione *on line*).

3. - In questo contesto, la sentenza in commento ha cura di delimitare l'oggetto del giudizio, definito non solo, come ovvio, dalle ordinanze di rimessione, ma anche da alcune puntualizzazioni sviluppate dalla Corte costituzionale: si tratta di indicazioni importanti non solo per valutare gli effetti della pronuncia, ma anche per apprezzarne i possibili sviluppi.

Quanto alle ordinanze di rimessione, è importante sottolineare che entrambe pongano la questione in relazione a reati in materia di criminalità organizzata, trattandosi di condannati alla pena dell'ergastolo per reati commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis Cp (ordinanza della Corte di cassazione)²¹ o per reati commessi da chi abbia agito per agevolare l'associazione di tipo mafioso di cui abbia anche fatto parte (ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Perugia). Ci troviamo, dunque, di fronte a reati definibili in senso ampio "di criminalità organizzata", rispetto ai quali la gravità ha sempre giocato un ruolo determinante nelle scelte di bilanciamento tra esigenze di prevenzione generale e di tutela dei diritti individuali.

Entrambe le ordinanze rilevano che la preclusione nell'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis Op si traduce nella violazione dell'art. 27, comma 3 Cost., impedendo di perseguire gli obiettivi di risocializzazione attraverso la progressività trattamentale e la flessibilità della pena, principi rispetto ai quali il permesso premio, dando al detenuto la possibilità di curare interessi affettivi, culturali e di lavoro in ambiente esterno al carcere, costituisce un tassello importante per valutare se sussistono le condizioni per concedere misure alternative caratterizzate da più ampi spazi di libertà; la preclusione impedisce al giudice di sorveglianza la valutazione di elementi che potrebbero supportare un giudizio individualizzato di cessata pericolosità. Entrambe le ordinanze di rimessione, inoltre, sviluppano un raffronto tra la preclusione ex art. 4-bis Op e il regime delle presunzioni previsto in fase cautelare (art. 275 Cpp): la Corte di cassazione evidenzia che la preclusione assoluta nell'accesso al permesso premio per i reati connotati dall'aggravante del metodo mafioso, commessi da chi non è affiliato all'organizzazione, fonda un regime irragionevolmente più deteriore rispetto a quello previsto dall'art. 275 Cpp per gli indiziati dello stesso reato, per i quali la presunzione di pericolosità e di necessità della custodia cautelare in carcere vale solo per gli associati²²; il tribunale di sorveglianza, invece, evidenzia, a mio avviso in modo più puntuale, che se la fase cautelare può tollerare qualche presunzione, proprio per il carattere temporaneo delle misure endoprocessuali, la fase

²¹ Cass., ord. 20.11.2018 n. 57913 in www.penalecontemporaneo.it, 28.1.2019; v. 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 *DPP*, 28.01.2019.

²² M. Chiavario, *La sentenza sui permessi premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *OCost*, 2020, 217 ss.; S. Talini, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta on line - Studi*, 2019, 736.

esecutiva di una pena divenuta definitiva impone un costante monitoraggio dello sviluppo della personalità del condannato, alla quale va adeguato il percorso penitenziario.

La Corte costituzionale si sofferma essenzialmente sul profilo della violazione dell'art. 27, comma 3 Cost. che diventa assorbente rispetto agli altri.

I confini definiti dalle ordinanze di rimessione sono, da un lato, ampliati e, dall'altro, puntualizzati dalla Corte costituzionale.

L'ampliamento sta nel riferire la decisione ai condannati non solo alla pena dell'ergastolo, ma anche alla reclusione, in quanto, se la questione fosse stata risolta solo in relazione ai primi, si sarebbe determinata una violazione del principio di uguaglianza.

Al contempo, però, la Corte si affretta a puntualizzare gli effetti della pronuncia. Anzitutto, la sentenza interessa solo l'accesso ai permessi premio, senza toccare le preclusioni relative alle altre misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale che, nonostante la collocazione codicistica tra le cause di estinzione della pena, è sempre più assimilabile ad una misura alternativa, non solo perché si sovrappone parzialmente all'affidamento in prova concesso a fine pena, ma anche perché soggiace alle preclusioni di cui all'art. 4-bis Op, in ragione dell'estensione operata dal d.l. 152/1991, conv. in l. 203/1991. La questione di legittimità costituzionale era stata, infatti, sollevata solo in relazione ai permessi premio, senza coinvolgere le altre misure, pur richiamate dall'art. 4-bis, o la l. 203/1991, per quanto riguarda la liberazione condizionale. Si tratta di una precisazione importante che esclude la possibilità di leggere questa sentenza in chiave di superamento dell'ergastolo ostativo: la sentenza non attua i principi, ben più ampi e deflagranti della sentenza Viola della Corte europea dei diritti dell'uomo: il superamento di quest'ultimo passa, infatti, solo attraverso l'abbattimento del regime di preclusione della non collaborazione previsto per la liberazione condizionale, non interessato dalla sentenza in commento. Nondimeno, è indubbio che l'intervento della Corte costituzionale, pur polarizzato sulla disciplina dei permessi premio, induca ad interrogarsi anche sul superamento delle preclusioni nella disciplina della liberazione condizionale per l'ergastolano non collaborante.

Infine, la Corte costituzionale precisa che nella questione di legittimità costituzionale non è in questione la posizione degli internati, ma solo dei detenuti: gli internati, vera Cenerentola dell'ordinamento penitenziario, non sono dunque interessati dal superamento del regime delle preclusioni.

4. - L'argomentazione centrale sviluppata dalla Corte costituzionale è finalizzata a superare la massima di esperienza alla base della preclusione, in forza della quale è ragionevole escludere dall'accesso ai benefici penitenziari chi non collabora con la giustizia ex art. 58-ter Op, in quanto chi non collabora avrebbe ancora legami con la criminalità organizzata.

Ad essere irragionevole non è la presunzione in sé di persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata del detenuto non collaborante, quanto la sua assolutezza che può essere superata solo dalla collaborazione con l'autorità giudiziaria²³. Qui il ragionamento si riallaccia a quanto la stessa Corte aveva già evidenziato nella sent. 306/1993, ossia il fatto che sia irragionevole ritenere che la scelta di collaborare o non collaborare sia automaticamente un indice di ravvedimento o non ravvedimento del soggetto, potendo la collaborazione essere il frutto di scelte opportunistiche distoniche rispetto al processo rieducativo del detenuto. Sono argomenti che si consolidano con l'avallo della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Viola che, nel sancire la contrarietà alla convenzione dell'ergastolo ostativo, ribadisce lo stesso principio.

L'assolutezza della preclusione non garantisce il rispetto dei principi di ragionevolezza e della funzione rieducativa della pena (artt. 3 e 27, comma 3 Cost.) sotto tre profili.

In primo luogo, strumentalizza il detenuto a finalità investigative, con l'effetto di aggravare il regime di detenzione senza alcun collegamento con la gravità del reato commesso: si produce, in tal modo, «una deformante libertà di non collaborare» che la Corte costituzionale riconduce alla garanzia dell'art. 24 Cost., sebbene questa norma non assurga poi ad oggetto specifico di parametro di costituzionalità. Piuttosto il fatto che la libertà di non collaborare si trasformi in un «onere di collaborare» fonda un meccanismo impositivo che, sganciando le condizioni di esecuzione della pena dal fatto commesso, rende la disciplina della preclusione contraria agli artt. 3 e 27, comma 3 Cost.

La scissione che la preclusione produce tra la disciplina della pena in fase esecutiva e la gravità del reato commesso entra, a mio avviso, in conflitto anche con la garanzia di cui all'art. 5 CEDU, a tenore del quale uno dei casi che giustificano la privazione della libertà personale è costituito da una regolare detenzione «a seguito di condanna da parte di un tribunale competente». La Corte europea intende questa garanzia assoluta a condizione che sussista una connessione tra il titolo di privazione della libertà personale e fatto commesso, non potendo il titolo di privazione della libertà personale essere condizionato dai c.d. *nova*, ossia da elementi emersi solo in

²³ M. Chiavario, *op. cit.*, 219.

fase esecutiva²⁴: ora, se è vero che la detenzione consegue alla condanna per il reato commesso, è anche vero che l'impossibilità di accedere ai percorsi extracarcerari, che modificherebbero in modo significativo forme e contenuto della sanzione, dipende non dal reato commesso, ma da condotte di mancata collaborazione che si collocano esclusivamente in fase esecutiva e che rispondono ad esigenze investigative.

Un secondo profilo di incostituzionalità del regime di preclusione nell'accesso ai permessi premio è costituito dalla sottrazione al magistrato di sorveglianza del potere di valutare in concreto l'evoluzione della personalità del detenuto, secondo il criterio della flessibilità e della progressione trattamentale che la Corte aveva valorizzato nella sent. 149/2018, ma ancor prima nella sent. 255/2006, quando aveva affermato che «in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena (sentenze n. 445 del 1997 e 306 del 1993) e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari (sentenza n. 504 del 1995)»²⁵. La Corte ribadisce l'importanza del permesso premio quale istituto fondamentale per garantire, al detenuto, la progressione nel percorso rieducativo e, al magistrato di sorveglianza, le condizioni per i giudizi di sua spettanza.

Infine, il terzo profilo di illegittimità è quello proprio di tutte presunzioni, a cui appartiene anche il regime di preclusione oggetto di scrutinio: la Corte costituzionale, infatti, è ferma nel sollecitare un attento scrutinio sulle presunzioni assolute che, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»²⁶; tale irragionevolezza sussiste tutte le volte in cui «sia possibile formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»²⁷. Nel caso di specie, la presunzione assoluta di persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata in assenza di collaborazione con la giustizia è irragionevole, perché stabilizza un collegamento che è, invece, influenzato dal «ruolo centrale [del] trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere»²⁸. Il trascorrere del tempo impone, pertanto, una valutazione in concreto della personalità del detenuto che è invece impedita dalla presunzione assoluta di cui all'art. 4-bis Op. La scelta di non

²⁴ C. eur., 17 dicembre 2009, M. c. Germania (n. 19359/04), in *CP*, 2010, 3275, con nota di F. Rocchi, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della 'Sicherungsverwahrung' e i suoi riflessi sul sistema del 'doppio binario' italiano*.

²⁵ Corte cost. 4.7.2006 n. 255 cortecostituzionale.it.

²⁶ Corte cost. 15.12.2016 n. 268 e 23.7.2015 n. 185 in cortecostituzionale.it.

²⁷ Corte. Cost. 253/2019, par. 8.3 della motivazione in cortecostituzionale.it.

²⁸ *Ibidem*.

collaborare, lungi dal segnalare un persistente legame con la criminalità organizzata, può avere essere giustificata da ragioni diverse non sintomatiche della pericolosità del soggetto: «timori per la propria e l'altrui incolumità, in particolare di congiunti e familiari che, ad esempio, non possano sradicarsi dai luoghi di origine in cui furono commessi i reati; il rifiuto di causare la carcerazione di altri, con i quali, ancora in via esemplificativa, si abbia o si sia avuto un legame familiare o affettivo; il rifiuto di accedere alla collaborazione perché non si vuole essere tacciati di averlo fatto soltanto per calcolo utilitaristico, per una riduzione di pena o per ottenere un beneficio penitenziario»²⁹.

A questo punto, mi pare che nella disciplina dell'esecuzione penale sia molto difficile che le presunzioni assolute riescano a superare il vaglio di legittimità richiesto dalla Corte costituzionale, proprio perché la connessione tra trascorrere del tempo e modificazione della personalità del detenuto rende oltremodo fragili regimi rigidi di preclusioni, essendo molto facile che la realtà viva di una personalità in divenire consenta di rinvenire casi che sconfessano la massima di esperienza sulla quale il legislatore costruisce le presunzioni. In ambito penitenziario le presunzioni assolute ancora presenti dovrebbero essere trasformate in presunzioni relative.

Dalle argomentazioni sviluppate dalla Corte costituzionale emerge la centralità della valutazione della magistratura di sorveglianza quale elemento imprescindibile per garantire l'adeguamento delle modalità di esecuzione della pena rispetto alla personalità del detenuto: nella polifunzionalità della pena, le esigenze di prevenzione generale che condizionano le scelte del legislatore nella comminazione legale della pena diventano recessive in fase esecutiva rispetto alla funzione rieducativa della pena che assume valore preminente. Il bilanciamento tra i diversi scopi della pena, entro la cornice di una concezione polifunzionale, trova un argine sempre più solido in fase esecutiva che rende gli argini della prevenzione generale e della neutralizzazione superabili a fronte della necessità di percorsi flessibili che siano in grado di dosare il "peso" concreto della pena detentiva.

5. - Il risultato positivo a cui conduce la decisione in esame sull'illegittimità della presunzione assoluta rischia di essere vanificato dai requisiti richiesti dalla Corte costituzionale per superare la presunzione relativa. C'è, proprio in ragione delle difficoltà che incontro la prova contraria, preferisce parlare di «presunzione semi-assoluta»³⁰.

²⁹ Corte cost. 253/2019, par. 6.2.2 della motivazione in cortecostituzionale.it.

³⁰ In tal senso M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *SP*, 12.12.2019. Sui profili critici del regime probatorio v. anche M. Bortolato, *Il futuro*

Ai fini della concessione del permesso premio non bastano i requisiti, richiesti dall'art. 30-ter Op della condotta regolare e dell'assenza di pericolosità sociale. Viene, anzitutto, richiamato il regime di prova rafforzato che era richiesto prima della introduzione del requisito della collaborazione: il permesso premio è, quindi, concedibile solo se sono stati acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata». Si tratta dello stesso requisito richiesto dall'art. 4-bis, comma-bis Op nei casi di collaborazione impossibile o irrilevante, requisito per il cui accertamento il magistrato di sorveglianza deve acquisire dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, considerando che, in caso di detenuti condannati per delitti dolosi, diventa ostativa la comunicazione del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o del procuratore distrettuale in ordine all'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (art. 4-bis, commi 2 e 3-bis Op). Si tratta di un regime particolarmente rigoso, perché richiede la prova positiva dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata ed impone al detenuto un onere di allegazione degli elementi a supporto di tale assenza, nonostante la mancata collaborazione con l'autorità giudiziaria³¹.

Il regime probatorio viene ulteriormente rafforzato su altri due versanti. Anzitutto, La Corte costituzionale trasforma l'onere di allegazione in inversione dell'onere della prova in presenza di dettagliate informazioni negative pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza: in tal caso, infatti, spetta al detenuto «fornire veri e propri elementi di prova a sostegno». Sembrerebbe, invece, dal tenore letterale della norma, che la comunicazione del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o del procuratore distrettuale sull'assenza di collegamenti siano assolutamente preclusive alla concessione di permessi premio³²: pur seguendo l'orientamento favorevole a lasciare anche in quest'ultimo caso la valutazione al potere discrezionale del magistrato di sorveglianza³³, non c'è dubbio che un regime probatorio costruito nei termini di “prova contraria” si presenti come una *probatio diabolica*³⁴.

Il secondo elemento che rende più difficile la prova contraria, o anche semplicemente l'onere di allegazione, è costituito dall'estensione dell'oggetto della

rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga, in DPP, 2020 (in corso di pubblicazione).

³¹ Sull'onere di allegazione in caso di collaborazione impossibile, v. F. Fiorentin, *Collaborazione “impossibile”: grava sul condannato l'onere di allegazione delle situazioni di derogabilità alle preclusioni in materia penitenziaria*, in CP, 2008, 2566 ss.

³² M. Chiavario, *op. cit.*, 221.

³³ M. Bortolato, *op. cit.*

³⁴ M. Ruotolo, *Reati ostativi*, cit.

prova. La Corte, infatti, richiede la dimostrazione non solo dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, ma anche dell'esclusione del «pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali». L'ampliamento dell'oggetto della prova è considerato «logicamente collegato» all'attualità dei collegamenti: si tratterebbe, cioè, di un requisito «necessario alla luce della Costituzione, al fine di evitare che il già richiamato interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4-bis Op, finisca per essere vanificato»³⁵.

Ora, a me pare che il requisito richiesto dalla Corte debba essere *in primis* collegato non tanto all'interesse alla prevenzione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4-bis, quanto alla regola di giudizio prevista dall'art. 30-ter Op che, per la concessione del permesso premio, richiede un giudizio di assenza di pericolosità sociale del detenuto, rimesso alla valutazione del magistrato di sorveglianza sulla base degli elementi in suo possesso; dunque, già prima della sentenza in commento, l'acquisizione di eventuali elementi che facessero supporre il ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata sarebbe stata ostativa alla concessione del beneficio.

È vero, tuttavia, che, sulla base degli argomenti sviluppati dalla Corte costituzionale, quel che viene presentato come una semplice estensione necessaria del *thema probandum* diventa una condizione che rischia, di fatto, di vanificare l'apertura della sentenza verso il superamento delle preclusioni assolute sul quale insiste nella prima parte della motivazione: nella misura in cui, infatti, il regime di prova rafforzato va integrato anche con la prova positiva di assenza di pericolo di ripristino dei legami con l'organizzazione, il dubbio sulla sussistenza di elementi favorevoli al ripristino si traduce in un giudizio negativo sulla concessione del permesso premio. La *probatio* diventa, dunque, particolarmente diabolica e si trasforma in prova impossibile nel caso in cui le informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza indichino elementi fondanti un pericolo di ripristino, in quanto in tal caso sussiste obbligo, per il condannato, di fornire elementi di prova contraria, che appare difficile poter addurre, considerando che si tratta di un giudizio prognostico che – scrive la Corte – deve tener conto delle circostanze ambientali e personali.

Coglie nel segno, pertanto, chi rileva che il regime probatorio riferito al pericolo di futuri collegamenti con la criminalità organizzata si presenta come «una sorte di 'intromissione' nella regola di giudizio della magistratura di sorveglianza che, per ogni decisione che adotta, già opera valutazioni prognostiche»³⁶. A me pare che proprio entro questo contesto di giudizio debba essere ricondotto il significato della sentenza della Corte costituzionale che, nel dispositivo, non richiede l'inversione dell'onere

³⁵ Corte cost. 253/2019, punto 9 della motivazione in cortecostituzionale.it.

³⁶ In tal senso v. M. Bortolato, *op. cit.*

della prova (presente in motivazione), ma più semplicemente che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»: ritengo cioè che richiedere una vera e propria inversione dell'onere della prova nei casi indicati significherebbe sconfessare i due pilastri, oramai consolidati nella giurisprudenza della Corte costituzionale attraverso una lettura combinata degli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., della centralità del giudizio del magistrato di sorveglianza e degli effetti del trascorrere del tempo sulla personalità del detenuto. L'inversione dell'onere della prova non può dunque andare al di là di un mero onere di allegazione, per il detenuto, e di un dovere, per il magistrato di sorveglianza, di porre particolare attenzione nel valutare gli elementi da contrapporre a quelli emergenti dalle comunicazioni del comitato provinciale, della procura nazionale o delle procure distrettuali. Solo così si evita che la pronuncia della Corte costituzionale si avvii in una lettura a sua volta incostituzionale.

6. - La questione di legittimità costituzionale della preclusione nell'accesso ai permessi premio era stata sollevata in relazione ai condannati per reati di criminalità organizzata di tipo mafioso (in un caso il reato era stato commesso avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis Cp e nell'altro da un associato con la finalità di avvantaggiare l'associazione). Tuttavia, la Corte costituzionale estende la dichiarazione di illegittimità costituzionale in relazione ai condannati per tutte le altre fattispecie indicate al primo comma dell'art. 4-bis Op, consentendo la concessione dei permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*quater* Op, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino dei medesimi. La Corte ha così evitato che la pronuncia aprisse il varco ad una nuova «paradossale disparità», a cui avrebbe dato luogo il superamento della preclusione nell'accesso ai permessi premio solo in favore dei condannati per reati di criminalità organizzata, che costituiscono, peraltro, le fattispecie di più elevato allarme sociale tra quelle a cui si applica il regime di preclusione.

Se non che il legislatore, come già evidenziato all'inizio di queste note, ha progressivamente ampliato il novero delle fattispecie ostativi ex art. 4-bis, comma 1 Op, seguendo *rationes* di politica criminale non necessariamente connesse al contrasto alla criminalità organizzata, come nel caso dell'inclusione di fattispecie monosoggettive, che non presentano necessariamente agganci con le organizzazioni criminali: si pensi, ad esempio, ai reati in tema di pedopornografia (artt. 600-bis, 600-ter Cp); o ancora ai delitti contro la pubblica amministrazione inclusi dalla l. 3/2019

(peculato per appropriazione, corruzione, istigazione alla corruzione, concussione, induzione indebita a dare o promettere), rispetto ai quali la collaborazione si deve realizzare nelle forme di cui all'art. 323-bis, secondo comma Cp e non ai sensi dell'art. 58-ter Op.

La progressiva espansione dei reati ostativi, oggetto di una recente questione di legittimità costituzionale che ha in particolare interessato l'inclusione dell'art. 314, comma 1 Cp nel comma 1 dell'art. 4-bis Op³⁷, mostra quanto questo istituto, svincolato dall'ambito della criminalità organizzata, sia diventato sempre meno "eccezionale", normalizzandosi nel tessuto normativo, secondo una linea di politica criminale che ha investito anche diversi altri istituti speciali che hanno mostrato la loro forza espansiva³⁸.

Ora, i dubbi sulla ragionevolezza della estensione dei reati ostativi si riflette anche sulla ragionevolezza delle condizioni ostative nell'accesso al permesso premio e sul loro superamento secondo le indicazioni della sentenza in commento. Rispetto ai reati monosoggettivi, non si può non concordare con chi ha evidenziato l'inapplicabilità della sentenza della Corte costituzionale: nella misura in cui il reato commesso non presenta collegamenti con la criminalità organizzata, è implicita la prova positiva della loro assenza³⁹.

Quanto ai reati contro la pubblica amministrazione, c'è una discrasia tra la descrizione delle condizioni di preclusione nell'accesso al permesso premio e quelle richieste dalla Corte costituzionale per la concedibilità del beneficio. Nei reati in tema di criminalità organizzata, la preclusione è costituita dalla mancanza di collaborazione con la giustizia ex art. 58-ter Op ed il suo superamento, in presenza di persistenza nella non collaborazione, nella presenza di elementi fondanti la non sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata o di pericolo del loro ripristino. La collaborazione ex art. 58-quater Op facendo riferimento all'aiuto prestato all'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per la individuazione dei concorrenti presenta elementi di omogeneità con la prova del distacco dall'associazione, che va provato anche in assenza di collaborazione. Con riguardo, invece, ai delitti contro la pubblica amministrazione, la preclusione è data dalle condizioni richieste dall'art. 323-bis, comma 2 Cp, che non collima del tutto con quelle richieste dall'art. 58-ter Op: coincide con riguardo alle condotte consistenti all'adoperarsi efficacemente per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri

³⁷ Cass., ord., 18.6.2019 n. 31853 in DG, 19.7.2019.

³⁸ R. Bartoli, *Contro la "normalizzazione delle deroghe": alcune proposte garantiste*, in DPP, 2020 (in corso di pubblicazione).

³⁹ M. Chiavario, *op. cit.*, 222; M. Ruotolo, *Reati ostativi*, cit.

responsabili, ma se ne differenzia in relazione all'attività di adoperarsi efficacemente per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. La sentenza della Corte costituzionale, stabilendo che è possibile concedere il permesso premio in presenza della prova positiva sull'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e sull'assenza di pericolo del loro ripristino ha di fatto vanificato la preclusione, pur relativa, delle condizioni di cui all'art. 323-bis, comma 2 Cp: preclude i benefici penitenziari il fatto di non adoperarsi nel dare efficaci indicazioni sui soggetti coinvolti nel reato (*in primis*, in caso di condanna per reati di corruzione, sulle parti del *pactum sceleris*) o sul recupero dell'utilità trasferita; tuttavia, al permesso premio si può accedere se c'è la prova dell'assenza di collegamenti, attuali o futuribili, con la criminalità organizzata. Preclusione e condizioni per il suo superamento sono distoniche: se il reato di corruzione non è inserito entro un contesto di criminalità organizzata (del tipo di quello emerso nell'ambito del processo Roma capitale, a prescindere dalla qualificazione giuridica che dell'organizzazione criminale si dia⁴⁰), la preclusione di cui all'art. 323-bis Cp finirà per essere più cartolare che effettiva. Se così è, allora l'irragionevolezza dell'ampliamento dei reati ostativi è stata in parte ridimensionata dalla Corte costituzionale che riporta le condizioni di superamento della preclusione al nucleo dei fatti di criminalità organizzata alla quale era originariamente limitata la disciplina dell'art. 4-bis Op: solo rispetto opera effettivamente la preclusione relativa ed il regime di prova rafforzato richiesto dalla Corte costituzionale.

7. In conclusione di queste note, è necessario chiederci quali siano gli effetti della sentenza della Corte costituzionale, non solo quelli più direttamente collegabili alla pronuncia, ma anche le possibili ricadute delle argomentazioni sviluppate dalla Consulta.

Quanto agli effetti diretti, il primo interrogativo investe l'effetto retroattivo della pronuncia: trattandosi, infatti, di una sentenza che ha un effetto favorevole in ragione del superamento delle preclusioni, trova applicazione retroattiva anche in relazione ai fatti commessi in data antecedente al deposito della sentenza⁴¹. È l'effetto che consegue alla regola *tempus regit actum* che, in linea tendenziale, governa la successione di leggi

⁴⁰ Si vedano a riguardo le posizioni divergenti nei due gradi di giudizio: Corte App. Roma, 11.9.2018 n. 10010, in www.penalecontemporaneo.it, 14.5.2019, con nota di E. Cipani, *La pronuncia della Corte d'appello di Roma nel processo c.d. Mafia capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle "mafie atipiche"*; Trib. Roma, 20.7.2017 n. 11730, in www.penalecontemporaneo.it, 29.11.2017, con nota di E. Zuffada, *Per il Tribunale di Roma "Mafia Capitale" non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche"*, in questa *Rivista*, 29 novembre 2017.

⁴¹ Cass, 28.1.2020 n. 5553 in *DG*, 13.1.2020.

penali nel tempo in materia di ordinamento penitenziario, ed in particolare, stando alla posizione di recente assunta dalla Corte costituzionale⁴², la disciplina dei permessi premio. I detenuti per un reato ostativo, ai quali la preclusione assoluta inibiva la concessione del permesso premio, possono ora ripresentare istanza alle condizioni indicate dalla Corte costituzionale.

La preclusione relativa introdotta dalla Corte costituzionale non fa venir meno le ipotesi di collaborazione impossibile o inesigibile che si connotano per presupposti diversi ed hanno un regime probatorio diverso, in quanto è richiesta l'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»: pur essendo richiesta la prova positiva, questa non si estende al pericolo di riattivazione futura di questi collegamenti⁴³.

La sentenza in esame è, tuttavia, in grado di spiegare altri importanti effetti sulla evoluzione della disciplina di ordinamento penitenziario. Viene ulteriormente ribadita la centralità della funzione rieducativa in fase esecutiva e, di conseguenza, il ruolo imprescindibile della magistratura di sorveglianza: anche laddove la previsione di sbarramenti legali nell'accesso ai benefici penitenziari sia funzionale a soddisfare esigenze di prevenzione generale o di neutralizzazione, la Corte ha contrapposto la centralità della funzione rieducativa della pena che impone il costante adeguamento alla personalità del condannato sulla base del vaglio concreto della magistratura di sorveglianza.

In secondo luogo, mi pare che il regime delle preclusioni, progressivamente rafforzato ed ampliato dal legislatore, appaia sempre più un gigante dai piedi di argilla: è vero che la Corte ha superato la preclusione solo con riguardo ai permessi premio, esplicitando, sin da subito in motivazione, i limiti della pronuncia per chiarire che non era messa in discussione la disciplina dell'ergastolo ostativo. Pur a fronte delle corrette precisazioni della Corte costituzionale sugli effetti della sentenza in ragione dei limiti dell'oggetto delle questioni di legittimità sollevate, a me pare che gli argomenti sviluppati consentano di pronosticare effetti a cascata sul superamento delle preclusioni assolute rispetto ai benefici penitenziari richiamati dall'art. 4-bis comma 1 Op e, soprattutto, alla liberazione condizionale⁴⁴; è facile cioè prevedere un effetto analogo a quello che ha progressivamente investito l'art. 275, comma 3 Cpp.⁴⁵. Introdurre differenziazioni che giustifichino soluzioni diverse in ragione del fatto che

⁴² Corte cost. 26.2.2020 in *cortecostituzionale.it*.

⁴³ In tal senso v. Cass, 28.1.2020 n. 5553 in DG, 13.1.2020. V. ampiamente M. Bortolato, *Il futuro rientro*, cit.; 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 *GPW*, 27.1.2020, 6 ss.

⁴⁴ A. Pugiotta, *op. cit.*, 17; A. Ricci, *op. cit.*, 11.

⁴⁵ M. Chiavario, *op. cit.*, 224;

non si tratta di permesso premio ma di misure alternative con più ampi spazi di libertà o, addirittura, della liberazione condizionale, mi parrebbe difficilmente sostenibile, proprio alla luce della funzione «pedagogico-propulsiva» riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale ai permessi premio, che costituiscono un tassello essenziale per verificare il comportamento del detenuto nel periodo di temporaneo ritorno in libertà in vista di un più ponderato giudizio sulla concedibilità di misure che assicurino più ampi spazi di libertà. Senza la speranza di una vita vissuta fuori dal carcere che senso avrebbero le riflessioni sviluppate nella sent. 253/2019 se non quella di riportare la lettura moderna della funzione rieducativa ad una passata idea di emenda inconciliabile con il principio di laicità dello Stato?

Su questa strada vi sono, dunque, tutte le condizioni per superare l'ergastolo ostativo le cui fondamenta appaiono sempre più instabili, a seguito della sentenza Viola e della pronuncia in esame; rimarrebbe il regime di prova rafforzato nel senso indicato dalla Corte a bilanciare il rispetto della dignità del condannato con le esigenze di difesa sociale.

Tuttavia, già oggi, la pronuncia annotata affida alla magistratura di sorveglianza un giudizio non facile tra valutazione del caso concreto ed esigenze di contenimento dell'allarme sociale che i reati ostativi suscitano, come risulta da alcune severe prese di posizione critica sulla sentenza n. 253/2019 da parte di alcuni noti esponenti della magistratura, posizioni tanto più irragionevoli quanto più espresse prima di leggere la motivazione della sentenza che attraverso il rafforzamento del regime probatorio non ha affatto aperto le porte del carcere agli esponenti della criminalità organizzata. Il grado di effettivo superamento delle preclusioni assolute dipenderà da come sarà esercitato il bilanciamento tra diritti individuali del detenuto ed esigenze di difesa sociale nella concreta gestione del regime di prova rafforzato: il fatto che la Corte costituzionale abbia trasformato una presunzione da assoluta in relativa non esclude il rischio che l'applicazione nei singoli casi dei principi della pronuncia faccia riemergere una presunzione assoluta, nascosta tra le maglie dell'interpretazione giudiziale della presunzione relativa e del connesso regime probatorio. Allo stesso modo in cui, pur in un contesto interpretativo che ha oramai acquisito la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, distinguiamo tra responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta per evidenziare la possibilità che forme di imputazione oggettiva si mascherino dietro gli elementi di imputazione soggettiva⁴⁶, così la presunzione relativa introdotta dalla Corte costituzionale non esclude il rischio che una presunzione assoluta occulta di fatto vanifichi le aperture della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁴⁶ F. Mantovani, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *RIDPP*, 1981, 471.

È, tuttavia, a monte sul terreno delle scelte legislative che dovrebbe essere ripreso il cammino di riforma degli automatismi e delle preclusioni che la legge delega n. 103/2017 intendeva avviare. Da qui il legislatore ha poi deciso di non partire, non dando attuazione alla delega, ma da qui dovrà ora necessariamente partire ed in termini ben più ampi di quelli tracciati dalla legge delega, che comunque faceva salve le preclusioni nei «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale» (art. 1, comma 85, lett. e, l. 103/2017). Anche dalla Corte EDU indica nella sentenza Viola come preferenziale la via legislativa per garantire un regime dell'ergastolo che consenta il riesame della pena per tener conto del percorso rieducativo. Solo in tal modo, entro il quadro dei principi tracciati dal dialogo tra le due Corti, si eviteranno i prevedibili effetti a cascata a Roma e a Strasburgo.

ILP