

QUESITI

FEDERICA DE SIMONE

L'ergastolo ostativo, una lenta uscita di scena

La legge n. 3/2019 ha avuto il pregio involontario di riportare al centro del dibattito giuridico l'opportunità di espungere l'art. 4 bis ord. penit. dall'ordinamento. Le costanti prese di posizione contro qualsiasi ipotesi di interpretazione restrittiva ad opera della giurisprudenza avevano determinato una sorta di accettazione e contestualmente di rinuncia all'idea di un provvedimento abrogativo. Il rinnovato interesse per la questione, scaturente dai recenti interventi sia della Corte europea sia della Corte Costituzionale, contribuisce a far emergere tutte le criticità poste alla base dell'istituto.

'Ergastolo ostativo', a slow exit from the scene

The Italian legislator has extended to some crimes against the public administration the foreclosures pattern provided for by art. 4 bis l. 354/75, focusing again the attention on the opportunity to remove the "ergastolo ostativo" from the legal system. The strong resistance of the jurisprudence against a restrictive interpretation has led both to passively accept the art. 4 bis in its current form and to give up the idea of its deletion. The recent decisions of the European and Italian Constitutional Courts have highlighted the critical issues and reopened the debate.

SOMMARIO: 1. Brevi note introduttive. - 2. Le questioni di illegittimità parziale. - 2.1. La lista nera dei reati: quando l'eccezione non è più tale. - 2.2. La pericolosità sociale e i rapporti con l'istituto della collaborazione. - 2.3 Il nodo gordiano della presunzione *ex lege* nelle recenti decisioni della Corte Costituzionale e della Corte europea. - 3. L'illegittimità totale: il connubio impossibile fra ergastolo ostativo e rieducazione. - 4. La natura giuridica e la questione della retroattività. - 4.1 *Illico et immediate*. - 5. Riflessioni conclusive.

1. *Brevi note introduttive.* Sulla legittimità dell'istituto dell'ergastolo ostativo si è molto discusso sia in passato, sia recentemente, a seguito degli ultimi interventi legislativi e giurisprudenziali. In particolare, la legge n. 3/2019, che pure è stata oggetto di aspre critiche a partire già dalla denominazione di *Spazzacorrotti* assegnato al Decreto da cui ha tratto origine¹, nell'estendere il regime di preclusioni previsto dall'art. 4 bis ord. pen. ad alcuni reati contro la pubbli-

¹ Indubbiamente si tratta di una norma manifesto, espressione di quella bulimia repressiva che caratterizza la legislazione penale dei giorni nostri, ma che continua a non fornire valide ed efficaci risposte, nello specifico rispetto al grave fenomeno criminoso della corruzione sistemica. Sul punto DEL TUFO (a cura di), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino 2019, *passim*; GAMBARDILLA, *Il grande assente nella nuova legge 'Spazzacorrotti': il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 44 ss.; MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2019, 2, 107; sempre Manes parla di *ubriacatura punitiva*, in MANES, MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in www.sistemapenale.it; MONGILLO, *La legge 'spazzacorrotti': ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 231 ss.; PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *questa Rivista*, 2018, 3, 1 ss. Sull'uso improprio delle norme penali cfr. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, a cura di Fiandaca, De Chiara, Napoli 2003, 122.

ca amministrazione, ha avuto il pregio involontario di riportare al centro del dibattito giuridico l'opportunità di espungere la norma dall'ordinamento. L'equiparazione *de iure* dei crimini dei colletti bianchi alla criminalità organizzata² ha costituito, infatti, l'occasione per far emergere il profondo disagio nei confronti della disposizione. Non che la questione non fosse mai stata affrontata prima, tuttavia sia la Corte Costituzionale³, nei suoi tentativi di salvare l'art. 4 *bis* ricorrendo a pronunce di illegittimità solo parziale, sia la giurisprudenza, con le sue costanti prese di posizione contro qualsiasi ipotesi di interpretazione restrittiva⁴, avevano determinato una sorta di accettazione e contestualmente di rinuncia all'idea di un intervento legislativo che restringesse - quanto meno - l'ambito di operatività della norma.

Gli ultimi approdi della giurisprudenza, a livello sia interno sia europeo, sembrano invece costituire un monito per il legislatore affinché riporti l'istituto nel perimetro dell'eccezionalità, ove non sia possibile eliminarlo del tutto. Resta, tuttavia, da verificare se tali interventi abbiano realmente una capacità demolitoria, o piuttosto siano da ridimensionare nella loro portata.

Preliminarmente, va tuttavia sgombrato il campo da un duplice equivoco di fondo che riguarda la fisionomia dell'ergastolo in generale e lo stesso art. 4 *bis* ord. pen.

Il primo fraintendimento riguarda la coesistenza di due autonome ipotesi di sanzione detentiva perpetua, a seguito dell'introduzione del regime preclusivo ad opera del D. lgs. n. 152/1991⁵. Allo stato sarebbero vigenti, infatti, sia l'ergastolo ordinario, in cui al condannato è ugualmente assicurato il trattamento finalizzato alla rieducazione e alla possibilità di tornare in libertà dopo 26 anni di reclusione a seguito della concessione della liberazione condizionale, sia l'ergastolo ostativo, per il quale nessun beneficio penitenziario è concedibile e, conseguentemente, nessuna rieducazione è di fatto prevista⁶. Invero, già la Corte di cassazione ha ritenuto *dubbia* [la] *configurabilità di un'auto-*

²V. MANES, *L'estensione*, cit., 107.

³ Cfr., tra le altre, Corte cost., n. 273 del 1993; Id., n. 135 del 2001; Id., n. 135 del 2003; Id., n. 273 del 1993.

⁴ Basti pensare che nel caso Viola, portato all'esame della Corte europea per ben due volte, il Tribunale di sorveglianza non aveva riscontrato gli estremi per sollevare la questione di legittimità alla Consulta, ritenendo che la possibilità di porre fine alla detenzione fosse assicurata dall'opzione della collaborazione offerta dall'ordinamento. Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, sentenza del 13 giugno 2019 (ricorso n. 77633/16).

⁵ Per una recente ricostruzione dell'istituto si veda DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶ V. LABINI, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 3 e bibliografia *ivi* citata.

*noma tipologia di pena qualificabile come ergastolo ostativo*⁷, affermazione che ha trovato l'avallo implicito anche della Corte europea nella pronuncia *Viola c. Italia*⁸, laddove si è affermata l'opportunità di una riforma normativa. Dal fatto che l'oggetto dell'intervento suggerito è genericamente indicato nell'istituto dell'ergastolo dovrebbe infatti dedursi che tutto il complesso di norme dettate in tema di detenzione perpetua debba essere profondamente modificato, senza alcuna distinzione tra ergastolo ordinario e ostativo⁹. Seppure la *reductio ad unum* della massima sanzione potrebbe sembrare una logica conclusione¹⁰, osta però a tale ricostruzione la diversità di *ratio* posta alla base delle due diverse forme di ergastolo. Nell'istituto ordinario, infatti, la prevalenza degli scopi di neutralizzazione del reo non comporta la negazione della funzione rieducativa, tant'è che è assicurato un adeguato trattamento, ivi compresa la possibilità di ottenere i benefici premiali. Diversamente, la mancanza di tale possibilità e la minima offerta trattamentale prevista per l'ergastolo ostativo sottintendono una valutazione normativa esclusivamente di tipo punitivo¹¹, che non riguarda il fatto di reato quanto piuttosto la scelta del reo di non collaborare.

Il secondo malinteso concerne l'erroneo convincimento che l'art. 4 *bis* ord. pen. costituisca la disciplina di riferimento della figura dell'ergastolo ostativo. A voler rispettare il dettato della rubrica, infatti, la norma contiene "solo" il

⁷ Così Cass., Sez. I, 30 aprile 2014, Grassonelli, in *Mass. Uff.*, n. 18206.

⁸ Sulla pronuncia *Viola c. Italia* cfr. *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti, Atti del Seminario Ferrara 27 settembre 2019*, a cura di Brunelli, Pugiotto, Veronesi, in *Forum Quad. Cost.*, 2019, 10; LABINI, *Il cielo*, cit.; MORI, ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giur. Pen. Web*, 2019, 6; SIRACUSANO, *Cronaca di una morte annunciata: l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della riforma tradita*, in *questa Rivista*, 2019, 3.

⁹ Per entrambe le ipotesi, infatti, deve essere garantita *la possibilità di riesame della pena, cosa che permetterebbe alle autorità di determinare se, nel corso dell'esecuzione della pena, vi è stata una evoluzione del detenuto e se è progredito nel percorso di cambiamento*. Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, cit., § 143.

¹⁰ Così PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis. Relazione introduttiva*, in *Per sempre dietro le sbarre*, cit., 7, secondo cui l'ergastolo ordinario e quello ostativo non presenterebbero *diversità strutturali*, dal momento che anche nella prima ipotesi si riscontrerebbe una perpetuità di fatto.

¹¹ Sia consentito rinviare a DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, Torino 2018, 67 ss. Istituti come quelli previsti dagli artt. 4 *bis*, 14 *bis* e 41 *bis* ord. penit. determinano una visione distorta della differenziazione trattamentale, che non coincide con l'idea di diversificare per meglio trattare e dunque rieducare, quanto piuttosto con la considerazione che è ammissibile prevedere trattamenti che rieducano, trattamenti che custodiscono solo e trattamenti che puniscono, in contrapposizione con una visione olistica del sistema penitenziario ispirato ai principi costituzionali. Sottolinea le intrinseche differenze tra l'ergastolo ostativo e il regime del carcere duro PASSIONE, *Vecchie e nuove preclusioni*, in *Leg. Pen.*, 2019, 3, 5. Su individualizzazione e differenziazione trattamentale si veda SIRACUSANO, *Cronaca*, cit., 2.

divieto di applicazione di misure premiali che in condizioni ordinarie sono concesse in virtù della loro natura di strumenti utili alla rieducazione del reo. È pur vero che la preclusione consegue alla commissione di reati particolarmente gravi, per i quali è spesso irrogata la pena dell'ergastolo, tuttavia non necessariamente è così. Nel catalogo dei reati indicati nell'art. 4 *bis* ord. pen. sono ormai comprese anche fattispecie per le quali la sanzione massima prevista è di sei anni di detenzione, come nel caso della corruzione per l'esercizio della funzione. Non si può negare che l'impossibilità di un qualsiasi contatto con l'esterno e la conseguente perdita anche minima di *chance* in termini rieducativi che l'ordinamento riserva a un ergastolano possano destare grandi perplessità, purtuttavia si dovrebbe mostrare scetticismo - ad avviso di chi scrive - anche e soprattutto quando un simile regime preclusivo trovi applicazione nei confronti di un reo destinato a tornare in libertà. In tal caso, infatti, si dovrebbero impiegare tutti gli strumenti rieducativi possibili, ivi compresi quelli premiali, per perseguire senza riserve lo scopo della rieducazione e del reinserimento sociale del condannato.

D'altronde, in un ordinamento in cui, alla luce del progressivo affermarsi del principio di umanità della pena¹², del principio della pena minima¹³ e del minimo pregiudizio, della progressione trattamentale, del diritto a una pena dignitosa come inderogabili corollari della rieducazione, già l'ergastolo sembra di per sé illegittimo¹⁴, il cd. ergastolo ostativo non può che destare ulteriori perplessità.

La pena dell'ergastolo non è mai stata messa in discussione¹⁵, nonostante l'evidente contrasto tra le posizioni del legislatore e quelle della Corte costitu-

¹² FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2004, 393.

¹³ BENTHAM affermò che è da considerare minima la *pena economica* allorché raggiunge l'effetto desiderato con il minimo impiego possibile di sofferenze, in FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 451.

¹⁴ Così FIANDACA, *Perché l'Europa può aiutare l'Italia a rendere il carcere meno ostile alla nostra Costituzione*, in www.ilfoglio.it, secondo cui anche il delinquente (a prescindere dal tipo di reato commesso e dal livello di pericolosità) è titolare di una dignità umana inalienabile, che va il più possibile protetta pure durante l'esecuzione della pena. Secondo: nessun uomo è perduto per sempre, e quindi anche ogni delinquente è potenzialmente capace di miglioramento grazie a interventi di tipo rieducativo. La Costituzione, dunque, rispecchia una visione antropologica non pessimistica, ma aperta per ogni essere umano alla speranza di possibili miglioramenti futuri. Si può giungere al punto di considerare poco compatibile con la Costituzione non solo l'ergastolo ostativo, ma più radicalmente l'ergastolo in ogni sua forma. Una conclusione, questa, tutt'altro che assurda o bizzarra specie se si considera che la pena perpetua è stata abolita in non pochi ordinamenti contemporanei, e le relative società mostrano ciononostante di continuare a ben sopravvivere.

¹⁵ Cfr. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 20 ss. Anche il referendum abrogativo promosso nel 1981 dal partito Radicale non ebbe un risultato favorevole, poiché il 77,37% della popolazione si espresse contro l'abolizione della pena perpetua.

zionale. Mentre il potere legislativo non solo ha ritenuto opportuna l'introduzione della forma più severa di ergastolo, ma ne ha rafforzato nel tempo l'operatività estendendo il catalogo dei reati ostativi e facendo così venire meno il carattere di eccezionalità dell'art. 4 *bis* ord. pen in relazione alla finalità di contrasto alla criminalità organizzata¹⁶, la Corte costituzionale, sia nei momenti in cui ha privilegiato la teoria della polifunzionalità della pena, sia quando ha attribuito un ruolo centrale alla funzione rieducativa, ha sempre cercato di mitigare gli effetti dell'ergastolo ostativo limitandone l'operatività. La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha assunto posizioni saldamente a difesa dell'istituto¹⁷, se non con rare eccezioni.

I molteplici profili di illegittimità che emergono da una disamina logico ermeneutica dell'art. 4 *bis* ord. pen. pongono una duplice opzione interpretativa. Il contrasto con i principi della Carta fondamentale, infatti, può essere inteso in senso stretto e in senso ampio, con conseguenze idonee a incidere sulla tenuta complessiva del sistema e a determinare il mantenimento o meno dell'istituto nell'ordinamento.

L'opzione restrittiva tiene in conto l'illegittimità parziale della norma, rilevandone singoli profili di criticità, quali il catalogo dei reati a cui si estende il provvedimento, il carattere assoluto della preclusione, i rapporti tra la pericolosità sociale e l'istituto della collaborazione.

Una lettura in senso ampio restituisce, invece, un quadro più pregnante delle garanzie costituzionali, che pone una questione di illegittimità totale dell'ergastolo ostativo per contrasto con i principi fondamentali¹⁸.

Centrale per la problematica anche l'ulteriore tema della natura giuridica delle norme relative all'esecuzione penale, per le quali dovrebbe trovare applicazione il principio di irretroattività, come ormai da più parti invocato¹⁹.

2. Le questioni di illegittimità parziale. L'art. 4 *bis* ord. penit. costituisce il paradigma del sistema del doppio binario penitenziario²⁰ introdotto all'inizio

¹⁶ La stessa Corte europea non sembra rilevare tale estensione, facendo sempre esclusivo riferimento alla fattispecie prevista dall'art. 416 *bis* c.p. Cfr. *Viola c. Italia*, cit., §§ 106 e 130.

¹⁷ *Ex multis*, Cass., Sez. I, 17 gennaio 2017, Pesce, in *Mass. Uff.*, n. 7428; *Id.*, 22 marzo 2016, Viola, in *Mass. Uff.*, n. 27149.

¹⁸ Ancora DOLCINI, *La pena*, cit., 15 ss.

¹⁹ Cfr. FIORE S., *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le cose che accadano al di sopra delle parole*, in *questa Rivista*, 2019, 3, *passim*; MANES ricorda come anche Bricola fosse favorevole all'estensione della garanzia *ex art. 25 co. 2 Cost.* alla materia penitenziaria, in MANES, MAZZACUVA, *Irretroattività*, cit., 12 nota n. 33. In giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, Ferraresi, in *Mass. Uff.*, n. 12541.

²⁰ Per una puntuale ricostruzione della disciplina prevista dall'art. 4 *bis* ord. pen. si veda FIORIO, *Il*

degli anni novanta. Il suo inserimento tra gli istituti di diritto penitenziario e la sua funzionalità di strumento di contrasto forte alla criminalità organizzata costituiscono probabilmente la ragione per cui la giurisprudenza costituzionale non ne ha pronunciato l'incostituzionalità totale. Ciò non significa che la Corte non ne rilevi l'invincibile contrasto con il principio rieducativo, ripermendo l'istituto, cui restituisce il carattere di eccezionalità nel rispetto dei principi fondamentali.

La Corte prende in esame i singoli profili d'illegittimità, senza arrivare a una soluzione demolitoria. Nella sentenza n. 253 del 2019 viene d'altronde escluso che l'oggetto del giudizio sia l'ergastolo ostativo *tout court*, non avendo gli organi remittenti censurato l'art. 2 c. 2 del d. l. n. 152/1991 in quanto introduttivo del regime preclusivo, bensì solo il co. 1 dell'art. 4 *bis* ord. pen., che per gli autori dei reati di cd. prima fascia subordina l'ottenimento dei benefici premiali alla condotta collaborativa²¹. La sentenza non travolge nemmeno il regime preclusivo per intero, dal momento che il *thema decidendum* verte sui permessi premio e non su tutti i benefici premiali previsti.

Proprio l'ampiezza della questione determina la differenza tra la pronuncia della Corte costituzionale e la sentenza *Viola c. Italia* della Corte europea, che, chiamata a decidere sulla compatibilità tra l'istituto dell'ergastolo ostativo e l'art. 3 Cedu, ha ritenuto la disciplina italiana in contrasto con la norma convenzionale.

La decisione *Viola c. Italia* costituisce una pronuncia di particolare rilievo nella giurisprudenza della Corte europea. Sino a oggi la condizione del condannato a pene detentive perpetue nell'ottica di eventuali violazioni dei principi convenzionali era stata esaminata con riguardo ad altri istituti, come il reinserimento del reo, la liberazione condizionale e l'ergastolo, senza però alcun riferimento alla particolare forma dell'ergastolo ostativo, così come prevista dall'ordinamento penitenziario italiano all'art. 4 *bis*²².

¹⁹ 'doppio binario' penitenziario, in questa *Rivista*, 2018, 1, 37-38.

²¹ Cfr. Corte cost., sent. 23 ottobre 2019 n. 253, § 5.2. In tale pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. pen. <<nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416 bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 ter del medesimo ord. pen., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti>>.

²² Sino ad oggi la Corte europea ha esaminato solo due ricorsi presentati contro l'Italia. Il primo relativo al caso *Garagin c. Italia* (sentenza del 29 aprile 2008 su ricorso n. 33290/07) in tema di ergastolo ordinario e il secondo relativo proprio al caso *Viola c. Italia*. *Leading case* è senz'altro *Vinter c. Regno Unito* nel 2013 (sentenza del 17 gennaio 2012 su ricorsi nn. 66069/09, 130/10, 3896/10), in cui la pena

Nella sentenza *Viola c. Italia* la Corte edu esamina per la prima volta il caso italiano di un condannato all'ergastolo senza possibilità di accesso ai benefici premiali e di prospettive di reinserimento sociale²³, affermando che l'istituto così come regolamentato si traduce in un trattamento disumano e degradante. Nonostante la diversità di portata delle rispettive pronunce, la Corte costituzionale e la Corte europea raggiungono conclusioni pressoché analoghe. Come si vedrà più avanti, infatti, entrambe le Corti concentrano la loro attenzione sulla dimensione assoluta della preclusione, ravvisando nell'impossibilità di una valutazione caso per caso la causa principale dell'incompatibilità con i principi e chiedendo al legislatore un intervento che degradi la preclusione da assoluta a relativa e ristabilisca la discrezionalità del giudice.

2.1 *La lista nera dei reati: quando l'eccezione non è più tale.* Nell'idea originaria del legislatore, l'art. 4 *bis* ord. pen. costituiva l'eccezione alla regola della concedibilità di misure premiali in funzione rieducativa, basata su una scelta di politica criminale relativa alla necessità contingente di contrastare efficacemente il terrorismo e l'associazione di stampo mafioso.

Nel tempo, il ricorso alla tecnica legislativa di intervenire per tipologia di reato ha trovato sempre maggior impiego, divenendo così una regola, seppure molto stigmatizzata. Già nel 1993 la Corte Costituzionale scriveva che *la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario,*

senza possibilità di liberazione anticipata o revisione è stata considerata alla stessa stregua di un trattamento inumano e degradante, violativo dell'art. 3 Cedu. Rilevanti sono stati anche i casi *Leger c. Francia*, (sentenza 11 aprile 2006); *Kalkaris c. Cipro* (sentenza dell'11 aprile 2006 su ricorso n. 21906/04); *Murray c. Olanda* (sentenza del 10 dicembre 2013 su ricorso n. 10511/10) e *Hutchinson c. Regno Unito* (sentenza del 17 gennaio 2017 su ricorso n. 57592/08 [GC]). Si veda DOLCINI, *La pena*, cit.; ID., *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2018, 3, 1667 ss.; GALLIANI, *Ponti, non mura. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1156 ss.; PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss.; FLICK, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1, 1047 ss.; RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1238 ss.; MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'Ordinamento Penale Italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano 2011, 299 ss.; ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, Torino 2008, 220 ss.

²³Il ricorrente era stato condannato per il delitto di associazione di stampo mafioso, reato inserito nel co. 1 dell'art. 4 *bis* ord. pen., e non aveva avviato nessuna forma di collaborazione ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. pen.

*mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita*²⁴.

L'orientamento della Consulta è rimasto lo stesso anche in tempi più recenti e in riferimento a istituti diversi, come - ad esempio - nel caso della recidiva modificata dalla legge n. 251/2005, rispetto alla quale il ricorso alla medesima tecnica era stato ritenuto causa di illegittimità per manifesta irragionevolezza e violazione dei principi di uguaglianza e proporzionalità. A giudizio della Corte, il tipo di reato non è di per sé solo in grado di fondare un giudizio di maggiore colpevolezza o pericolosità, tanto più che non risponde al canone della ragionevolezza l'applicazione di un trattamento uguale a situazioni anche molto diverse tra loro, né risulta essere proporzionata una pena irrogata in base alla fattispecie astratta e non a quella concreta²⁵.

Nonostante in simili opzioni normative prevalga esclusivamente una logica di prevenzione generale e di prevenzione speciale negativa, in contrasto con l'art. 27 Cost., il legislatore non ha mostrato di voler invertire la rotta. L'elenco dei reati ostativi, infatti, ha continuato ad allungarsi, ricomprendendo anche fattispecie piuttosto eterogenee, che poco hanno in comune con i delitti inizialmente individuati o quanto meno con la *ratio* originaria sottesa alla norma²⁶. La prostituzione o la pornografia minorile non sembrano - ad esempio - presentare in sé collegamenti con la criminalità organizzata in senso stretto, così come la violenza sessuale di gruppo o il sequestro a scopo di estorsione. Alla stessa stregua, e sempre a titolo esemplificativo, il peculato non è contrassegnato da un profilo così pregnante di pericolosità, a prescindere dalla dimensione associativa.

Proprio la recente inclusione di numerose fattispecie di reati contro la pubblica amministrazione a opera della legge n. 3/2019 dovrebbe, a questo punto, portare a credere che l'unico *fil rouge* rinvenibile sia l'allarme sociale de-stato²⁷. Senonché questa non sembra essere una motivazione sufficiente, atta

²⁴ Così Corte cost., sent. n. 306, 8 luglio 1993.

²⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 185, 23 luglio 2015, in cui i giudici costituzionali accolgono le motivazioni poste a fondamento dell'atto di promuovimento della Corte di cassazione.

²⁶ Basti pensare ai delitti previsti dagli artt. 600 *bis* co.1, 600 *ter* co. 1 e 2, 609 *octies* e 630 c.p. Cfr. GALLIANI, *Ponti*, cit., 1136 ss.

²⁷ V. Corte cost., sent. n. 188, 18 luglio 2019, che rileva proprio come l'allarme sociale abbia sostituito l'elemento unificante della tipologia di reati posto prima alla base delle scelte di politica criminale in tema di regime preclusivo dei benefici penitenziari. Per un commento alla sentenza v. APRILE, *Per la Consulta le limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari, di cui all'art. 4-bis ord. penit., si applicano indipendentemente dal riconoscimento di circostanze attenuanti*, in *Cass. Pen.*, 2019, 4283 ss.; FIORENTIN, *La Corte costituzionale "salva" lo sbarramento dell'art. 4-bis ord. penit. (e la discrezionalità del*

a giustificare una così ampia estensione dell'operatività di un istituto già sospetto di incostituzionalità al momento della sua introduzione²⁸.

Parte della dottrina ha rilevato come le criticità scaturirebbero dall'incongruenza della tipizzazione adoperata, ancor prima che dal problema più generale relativo al carattere perpetuo della sanzione e alla sua rispondenza ai principi fondamentali²⁹. In altri termini, già solo il ricorso a questa tecnica di formulazione legislativa per tipi costituirebbe un motivo sufficiente per ritenere illegittima la disposizione³⁰. D'altronde, proprio l'eterogeneità dei reati ostativi ha costretto la Consulta, nella pronuncia n. 253/2019, a estendere il *decisum* in via consequenziale a tutte le fattispecie elencate nella prima fascia per evitare il determinarsi di situazioni di disparità³¹.

2.2. *La pericolosità sociale e i rapporti con l'istituto della collaborazione.*

Prima di formulare qualche sintetico rilievo circa il rapporto inversamente proporzionale tra pericolosità e collaborazione statuito nell'art. 4 *bis* ord. pen., occorre ricordare che i giudizi sulla pericolosità sociale sono plurimi, ma pur sempre rimessi tutti alla discrezionalità del giudice. Si tratta, infatti, di valutazioni effettuate in momenti diversi e con finalità diverse, tanto da non entrare nemmeno in conflitto tra loro in caso di discrasie³². Cionondimeno, la

legislatore), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1734 ss.; FIORIO, *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4-bis ord. penit. tra populismi, realpolitik e rispetto dei valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2019, 2156 ss.

²⁸ Cfr. MANES, *L'estensione*, cit., 108, che parla di assenza di *coerenza criminologica rispetto all'inclusione delle più disparate costellazioni di reati* [nell'art. 4 *bis* ord. pen.], *secondo uno sviluppo incalzato da istanze emotive di allarme sociale*.

²⁹ Così PALAZZO, *L'ergastolo*, cit., 2, secondo cui questo sarebbe solo uno degli aspetti della disciplina tendente alla irragionevolezza e incoerenza propri dell'istituto.

³⁰ Alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità hanno, invero, affermato il contrario. Ad esempio, la Corte ha ritenuto che la scelta del legislatore di operare per tipologia di reato sia giustificabile alla luce della necessità di contrastare più efficacemente la criminalità organizzata. L'introduzione, poi, di preclusioni fondate su elementi oggettivi dipenderebbe da esigenze proprie della politica penitenziaria. V. Cass., Sez. I, 9 settembre 2016, Pres. Vecchio, in *Mass. Uff.*, n. 37578.

³¹ Si tratta dell'unica *libertà* che la Corte si è concessa, per evitare la violazione del principio di uguaglianza tra i detenuti. La parziale illegittimità, dunque, si estende a tutte le fattispecie previste dal comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. pen. in riferimento alla concedibilità del permesso premio nelle ipotesi di mancata collaborazione e in assenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

³² Relativamente alla valutazione giudiziale, questa è formulata in sede di cognizione in relazione alla capacità del reo di tornare a delinquere, cosicché l'applicazione di una misura di sicurezza può garantire il soddisfacimento della funzione di prevenzione speciale negativa. Diversamente, il giudizio sulla pericolosità effettuato in sede di esecuzione ad opera della magistratura di sorveglianza riguarda la possibilità per il reo di ottenere benefici premiali o l'ammissione alle misure alternative alla detenzione, tutte

disciplina dettata in tema di regime preclusivo introduce una ulteriore ipotesi di valutazione della pericolosità, sottratta al potere del giudice e avocata al legislatore³³.

A ben guardare, la previsione che la scelta del reo di non collaborare sia indice della permanenza dei legami con la criminalità organizzata e, dunque, di pericolosità conseguente a un giudizio *ex lege* non sovvertibile in alcun modo, più che dare luogo a una ulteriore ipotesi di valutazione in senso tecnico, si atteggia a un mero caso di esclusione della valutazione giudiziale a carattere eccezionale.

L'esigenza di giungere a un giudizio di pericolosità in concreto, in funzione anche dell'evoluzione della personalità del reo rispetto alla sua condizione di detenuto, è alla base della scelta normativa di riservare al giudice tale valutazione. Ciò vale sia in sede di cognizione, in relazione alla capacità del reo di tornare a delinquere³⁴, sia nell'ambito dell'esecuzione, in cui la magistratura di sorveglianza è chiamata a valutare la possibilità di ammettere il soggetto ai benefici premiali o alle misure alternative³⁵. Secondo l'art. 4 *bis* ord. pen., invece, gli eventuali progressi compiuti dal soggetto durante tutta la fase dell'esecuzione della pena non possono essere presi in considerazione, essendo la valutazione sulla pericolosità cristallizzata al momento della commissione del fatto. Non solo, ma le continue estensioni dell'operatività dell'istituto a ulteriori e diverse fattispecie amplificano ulteriormente la problematicità: basti pensare all'inserimento del peculato tra i reati ostativi di prima fascia, per il quale la presunzione di pericolosità risulterebbe in molti

misure finalizzate allo scopo unico della rieducazione. Infine, la valutazione in concreto effettuata dall'Amministrazione penitenziaria ha la finalità di valutare i possibili rischi di evasione e le probabilità di riuscita del percorso trattamentale rispetto alla spinta motivazionale del soggetto da ammettere eventualmente a un circuito penitenziario di bassa sorveglianza.

³³ Sulla legittimità di questa ipotesi la giurisprudenza ha sempre mostrato scarsa unanimità di vedute. A differenza del risultato cui è pervenuta con la pronuncia n. 253 del 2019, in passato la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo e non condizionato dai limiti costituzionali il potere legislativo di scegliere alcuni presupposti da porre alla base del giudizio di pericolosità, in quanto si tratterebbe di un giudizio prognostico relativo alla probabilità di recidiva. Cfr. Corte cost., sent. n. 139 del 1983, che smentiva una precedente pronuncia (Corte cost., sent. n. 1 del 1971 secondo cui la pericolosità non può essere contenuta nei parametri di normalità in assenza di dati di esperienza).

³⁴ In tal caso il riconoscimento della pericolosità del reo può determinare l'applicazione di una misura di sicurezza per fini di prevenzione speciale negativa.

³⁵ Invero, esiste un *tertium genus* di giudizio di pericolosità sociale, che ha natura amministrativa e non giudiziale ed è affidato all'Amministrazione penitenziaria allo scopo di ammettere eventualmente il soggetto al terzo circuito penitenziario, ossia quello del regime penitenziario attenuato (carcere a custodia attenuata e carcere aperto). Sul punto sia consentito un richiamo a DE SIMONE F., *La sanzione detentiva*, cit., 135 e 167.

casi esorbitante³⁶.

La presunzione assoluta presenta un profilo di illegittimità che non trova giustificazione, a meno di non voler considerare eccezionalmente come prioritarie alcune istanze di politica criminale in deroga ai principi generali, opinione, questa, che non appare condivisibile. E infatti, in *Viola c. Italia* i giudici europei rilevano come la mancata collaborazione non possa costituire l'unico parametro di per sé sufficiente a fondare un giudizio di pericolosità del reo, a meno di privare quest'ultimo di una qualsiasi prospettiva realistica di liberazione³⁷. Tutt'al più, potrebbe consentirsi il ricorso a una presunzione relativa che ammetta una prova contraria³⁸, di modo che sia garantita *la possibilità di riesame della pena, cosa che permetterebbe alle autorità di determinare se, nel corso dell'esecuzione della pena, vi è stata una evoluzione del detenuto e se è progredito nel percorso di cambiamento*³⁹. Diversamente, l'impossibilità di dimostrare il venir meno delle esigenze di privazione della libertà e il mancato riconoscimento della competenza in capo al potere giudiziale determinano il contrasto dell'art. 4 *bis* ord. pen. con l'art. 3 Cedu⁴⁰.

Una presunzione relativa di pericolosità impone al giudice uno sforzo di valutazione circa le motivazioni che possono aver spinto il soggetto a non collaborare, poiché, a prescindere dalla volontà di mantenere i rapporti con l'associazione criminosa, la scelta potrebbe non essere frutto di libera autodeterminazione⁴¹. Il riconoscimento di spinte motivazionali ulteriori e diverse, allora, fa venire meno il sillogismo per cui l'art. 4 *bis* ord. pen. troverebbe applicazione solo nelle ipotesi di soggetti non rieducati e renderebbe illegittima la sua operatività per tutti quei casi in cui il reo - pur non collaborando -

³⁶ In realtà, la scelta del legislatore di includere nell'art. 4 *bis* co. 1 ord. pen. il delitto di peculato non avrà una significativa applicazione pratica e sarà vanificata nella maggior parte delle ipotesi dalla scarsa rilevanza della dimensione concorsuale da cui deriverà l'impossibilità di richiedere una collaborazione ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. pen. Il regime preclusivo, dunque, non troverà applicazione, rientrando nell'ipotesi di collaborazione impossibile prevista dalla Corte costituzionale. Cfr. MANES, *L'estensione*, cit., 108, ove si richiama la proposta formulata dalla Commissione Giostra (in attuazione della legge delega n. 103/2017) che riservava l'ostatività ai soli reati associativi e ad alcune fattispecie formalmente monosoggettive ma in sostanza caratterizzate da una struttura organizzativa plurisoggettiva.

³⁷ Corte EDU, *Viola c. Italia*, § 127 e 128.

³⁸ La Corte richiama la decisione *Pantano c. Italia*, n. 60851 del 6 novembre 2003 (§ 69) in tema di art. 5 Cedu.

³⁹ Corte EDU, *Viola c. Italia*, § 143.

⁴⁰ La Corte ribadisce, però, che il riconoscimento della violazione nei termini di cui sopra non legittima il ricorrente ad avere aspettative di liberazione imminente (cfr. § 137).

⁴¹ Il discorso prescinde totalmente dalla considerazione che la collaborazione veramente utile è quella fornita durante la fase giudiziale, in quanto atta ad avere una utilità investigativa che nella fase dell'esecuzione penale affievolisce considerevolmente, facendo prevalere scopi meramente punitivi.

ha effettuato un percorso rieducativo⁴².

A parte i casi di collaborazione impossibile⁴³, la magistratura di sorveglianza sarebbe chiamata a valutare le ipotesi in cui il reo abbia, ad esempio, un fondato timore per l'incolumità familiare o propria, così come riconosciuto dalla Corte europea e dalla Corte costituzionale. Allo stesso modo, potrebbe essere oggetto di giudizio anche la collaborazione fornita solo in quanto condizionata da valutazioni di opportunità del reo, che non costituirebbe nemmeno un indice di ravvedimento.

La verifica caso per caso della sussistenza del legame tra la pericolosità e la mancanza di collaborazione sembrerebbe risolvere il parziale contrasto di legittimità dell'art. 4 *bis* ord. pen., se non fosse che l'illegittimità di questo strumento è tutt'altro che parziale, laddove il conflitto con il principio rieducativo va ravvisato a monte, nella finalità sottesa al regime preclusivo. Lo scopo della collaborazione non può essere meramente investigativo, trattandosi di un risultato che si ottiene prevalentemente nella fase giudiziale e non in quella dell'esecuzione penale. Alla stessa stregua, ritenere che la collaborazione contenga *in nuce* una finalità premiale si tradurrebbe in una inaccettabile inversione dei termini del discorso, poiché fa della collaborazione e non della rieducazione lo scopo principale del beneficio penitenziario *ex se*⁴⁴. Residua una funzione meramente punitiva, in cui la mancata collaborazione costituisce un aggravio di pena del tutto indipendente dal reato commesso e che collide per ciò stesso con il dettato costituzionale dell'art. 27, riportando la norma a una dimensione di illegittimità totale.

2.3 Il nodo gordiano della presunzione ex lege nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale e della Corte europea. Il dettato dell'art. 2727 c.c. ci ricorda che le presunzioni sono uno strumento predisposto dall'ordinamento in ausilio al legislatore - nel caso di quelle iuris et de iure - o al giudice - nel

⁴² Cfr. DOLCINI, *La pena*, cit., 16.

⁴³ Il limite della collaborazione impossibile, introdotto dalla Corte cost. con la sentenza 27 luglio 1997 n. 357, sarà - con ogni probabilità - riscontrato frequentemente per i reati contro la pubblica amministrazione recentemente inseriti tra i delitti di prima fascia previsti nel co. 1 dell'art. 4 *bis* ord. pen. Basti pensare alla fattispecie del peculato, per la quale è in concreto ridotta al minimo la possibilità di fornire informazioni utili all'autorità giudiziaria, mancando il più delle volte il coinvolgimento della criminalità organizzata e, dunque, la dimensione concorsuale.

⁴⁴ Non è contraria al riconoscimento del valore premiale della collaborazione la Corte costituzionale che, nella sentenza n. 253 del 2919, la ritiene accettabile sotto i profili di ragionevolezza, proporzionalità e rieducazione.

caso di quelle *iuris tantum* - per ricostruire un fatto ignoto partendo da uno noto⁴⁵.

Come spesso accade, quello che in altri rami del diritto suscita nessuna o poche perplessità, nel penale si traduce in profili di illegittimità, ma ciò non impedisce che vi si faccia ugualmente ricorso.

Nel caso specifico dell'art. 4 *bis* ord. pen., il fatto ignoto riguarderebbe il mantenimento dei rapporti con la criminalità organizzata di un soggetto condannato per taluni reati di associazione di stampo mafioso, mentre il fatto noto sarebbe la mancata collaborazione. Ne deriva che il vero *punctum dolens* non sia tanto il rapporto tra pericolosità e collaborazione, quanto tra la mancata collaborazione e l'operatività della presunzione normativa. La scelta del reo di non collaborare, infatti, fornendo la prova della mancata interruzione dei legami con la criminalità organizzata, fonderebbe l'accertamento della pericolosità sociale e legittimerebbe - così - la presunzione legislativa⁴⁶.

Dunque, la funzione della presunzione è di legittimare l'esistenza dell'art. 4 *bis* ord. pen. e trova la sua giustificazione nella duplice esigenza di superare le difficoltà probatorie, da un lato, e di evitare la discrezionalità del giudice, dall'altro.

Senonché, la bontà dello strumento è stata posta in discussione per almeno due ordini di problemi. Il primo riguarda l'assenza di dati statistici idonei a suffragare il rapporto tra il fatto noto e quello ignoto in termini di ragionevolezza e che rende inattendibile la sola massima di esperienza del legislatore⁴⁷. Il secondo, invece, coinvolge il principio di uguaglianza, nella misura in cui l'illegittima esclusione della discrezionalità del giudice dalle valutazioni poste alla base dell'art. 4 *bis* ord. pen. si traduce in un ingiustificato livellamento di situazioni diverse⁴⁸.

Le recenti pronunce della Corte edu e della Consulta vanno entrambe in questa direzione, condividendo l'assunto secondo cui il carattere assoluto degli automatismi nel diritto penale è illegittimo poiché si scontra con il princi-

⁴⁵ Per una ricostruzione del ruolo delle presunzioni e degli automatismi nell'ordinamento in generale, si veda LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, 1, 1-7

⁴⁶ Sul punto si veda Corte cost., sent. n. 135 del 2003.

⁴⁷ Così Corte cost., sent. n. 213 del 2013, secondo cui la presunzione assoluta è illegittima se non è sorretta da una congrua base statistica che ne evidenzia la rispondenza a un dato di esperienza generalizzato; v. anche Corte cost., sent. n. 185 del 2015, che ritiene la presunzione inficiata quando ben si possono ipotizzare accadimenti reali contrari alla generalizzazione presunta. Il punto è ribadito anche da Corte cost., sent. n. 253 del 2019.

⁴⁸ In dottrina ampiamente LEONE, *Automatismi*, cit., 13 ss. In giurisprudenza si veda Corte cost., sent. n. 139 del 1982.

pio di rieducazione, vanificando l'individualizzazione della pena⁴⁹. Un momento importante nel percorso verso la finalità rieducativa, infatti, consiste proprio nell'esigenza di formulare un giudizio di pericolosità in concreto, non ancorato a un determinato momento, ma piuttosto all'evoluzione della personalità del detenuto anche rispetto alla sua condizione ed è per questo che il legislatore aveva di norma riservato al potere del giudice tale valutazione.

È quanto accade sia in sede di cognizione, in relazione alla capacità del reo di tornare a delinquere⁵⁰, sia nell'ambito dell'esecuzione, in cui la magistratura di sorveglianza è chiamata a valutare la possibilità di ammettere ai benefici premiali o alle misure alternative il soggetto.

Anche la Corte costituzionale ha indagato i profili di illegittimità in merito alla presunzione assoluta prevista dall'art. 4 *bis* ord. pen., confermandone l'irragionevolezza dettata dall'impossibilità di valutare eventuali trasformazioni in capo al reo in conseguenza del trascorrere del tempo. La cristallizzazione del giudizio di pericolosità al momento in cui il soggetto sceglie di non collaborare, infatti, non tiene in alcun conto i possibili mutamenti relativi sia al reo e alla sua personalità, sia al contesto esterno di riferimento⁵¹.

L'affermazione non costituisce una reale novità. Andando a ritroso nelle pronunce della Consulta, già la sentenza n. 149/2018 ha affermato che la rigidità degli automatismi preclusivi di una valutazione individuale del reo è da considerarsi illegittima. Il discorso si generalizza ancora di più nelle sentenze nn. 164, 231 e 331 del 2011, ove si legge che *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 plerumque accidit. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa*⁵².

Una simile conclusione dovrebbe avere come conseguenza un azzeramento di tutto il sistema presuntivo posto alla base dell'art. 4 *bis* ord. pen., tanto più

⁴⁹ Tale motivazione era posta alla base dei motivi che avevano spinto la Commissione Giostra a modificare l'operatività proprio dell'art. 4 *bis* ord. pen. in sede di progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario presentato nel 2018. Sul punto si veda anche Corte cost., sent. n. 90 del 2017.

⁵⁰ In tal caso il riconoscimento della pericolosità del reo può determinare l'applicazione di una misura di sicurezza per fini di prevenzione speciale negativa.

⁵¹ Nel 2013 con la sentenza n. 213 la Corte costituzionale, pronunciandosi in merito all'illegittimità dell'art. 275 co. 3 c.p.p., aveva già affermato che «*ciò che vulnera i valori costituzionali non è la presunzione in sé, ma la sua assolutezza, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del 'minor sacrificio possibile'*».

⁵² Così anche Corte cost., sent. n. 139 del 2010.

che per l'ergastolo ostativo si potrebbe porre un problema di doppia presunzione di pericolosità, sia per la mancata collaborazione, sia per il mantenimento dei legami con la criminalità organizzata⁵³. La rieducazione, dunque, sarebbe vanificata dalla mancata valutazione del singolo caso, che dovrebbe anche essere ripetuta nel tempo, pena l'interruzione del percorso risocializzante.

Non di poco conto, poi, è l'impossibilità di superare la prova contraria, come osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253/2019, secondo cui una presunzione relativa costituisce la soluzione più appropriata alla questione. Ciò in virtù della considerazione che *non è la presunzione in se stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è, infatti, irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria*⁵⁴.

Certo la Corte, nella stessa pronuncia, non si limita a trasformare la presunzione da assoluta a relativa⁵⁵, ma detta una serie di limiti talmente stringenti da far pensare a una svolta solo formale che lascia intatte le problematiche sin qui esaminate. È richiesto, infatti, che siano esclusi i collegamenti con la criminalità organizzata, nonché il pericolo di un loro ripristino.

Oltre al controllo in tal senso già previsto dal co. 3 *bis* dell'art. 4 *bis* ord. pen. e che assegna di fatto la valutazione della pericolosità al Procuratore Nazionale Antimafia tenuto a rilasciare una informativa sul punto, la Corte opera un'inversione dell'onere probatorio, ponendo a carico del reo la prova dell'interruzione dei rapporti con l'associazione di stampo mafioso. Al di fuori delle ipotesi di collaborazione impossibile o inesigibile, infatti, il condannato può allegare degli elementi comprovanti l'assenza di collegamenti sia attuali sia futuri (sic!) con la criminalità organizzata, che saranno valutati da un *pool* composto dal Magistrato di sorveglianza, dai componenti del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza, dai Procuratori antimafia distrettuale e nazionale⁵⁶.

⁵³ Autorevole dottrina ritiene si realizzi un inevitabile travolgimento di tutto l'impianto delle preclusioni, per il quale solo la necessità di politica criminale dettata dalla particolare gravità di alcuni reati avrebbe potuto aiutare la Corte a giustificare il mantenimento del regime in esame. V. PALAZZO, *L'ergastolo*, cit., 10 ss.

⁵⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 253 del 2019, p. 26, § 8.

⁵⁵ Parla di presunzione *semi assoluta* RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, in www.sistemapenale.it.

⁵⁶ Sul punto si veda CIRIOLI, *Bertoldo e la presunzione assoluta di pericolosità sociale: entrambi impie-*

Si tratta, dunque, di una *probatio diabolica* per il reo che è in detenzione, che cela l'intenzione di considerare la valutazione positiva del reo alla stregua di un'eccezione e che continua a ritenere la collaborazione l'unica modalità possibile per ottenere un beneficio premiale⁵⁷.

3. *L'illegittimità totale: il connubio impossibile fra ergastolo ostativo e rieducazione.* La dottrina sembra essere da sempre un passo avanti rispetto alla giurisprudenza costituzionale. Mentre quest'ultima solo in tempi recenti ha ritenuto prevalente la funzione rieducativa della pena, la prima, pur non avallando *in toto* le teorie abolizioniste sull'ergastolo in generale⁵⁸, ha da sempre affermato l'illegittimità della perpetuità della sanzione detentiva ancor più nella sua speciale forma ostativa, rilevando l'evidente collisione con il fondamentale principio previsto dall'art. 27 Cost. Non solo, ma autorevoli voci sono andate anche oltre, ritenendo che il canone costituzionale della rieducazione non sia l'unico profilo di contrasto, dovendosi verificare la legittimità dell'istituto anche in riferimento alla dignità, all'umanità, alla proporzione della pena, alla libertà di autodeterminazione, alla ragionevolezza⁵⁹.

Il dettato dell'art. 27 co. 3 Cost. sembrerebbe dover cedere il passo alla previsione dell'art. 2 Cost.⁶⁰, nella misura in cui, prima ancora di porsi un problema di rieducazione, l'ordinamento deve garantire il rispetto della dignità umana⁶¹.

Anche la Corte edu, nella sentenza *Viola*, ha ribadito che la sanzione penale in generale deve essere finalizzata alla realizzazione del principio di rieducazione e agli obiettivi di reinserimento sociale del reo, costituendo essi il fondamento dell'ordinamento italiano, nonché delle politiche penali europee⁶².

cati a una pianta di fragole? Un breve commento alla sentenza n. 253/2019 della Corte Costituzionale, in *Oss. AIC*, 4, 2020, 21.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr. DOLCINI, *La pena*, cit., 11 ss.; FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1505 ss.; PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero, Viganò, Basile, Gatta, Milano 2018, 3 ss.

⁵⁹ Così PALAZZO, *L'ergastolo*, cit., 1.

⁶⁰ Sulla rilevanza dell'art. 2 Cost. in tema di funzione della pena, sia consentito un rinvio a DE SIMONE, *La sanzione*, cit., 199.

⁶¹ PALAZZO, *L'ergastolo*, cit., L'autore rileva anche la difficoltà di tracciare *i rapporti di gerarchia assiologica e di derivazione logica* tra gli stessi principi citati, laddove la rieducazione stessa potrebbe essere considerata *un corollario della dignità*, ovvero quest'ultima costituire *un limite* alla prima. Sul punto anche FIANDACA, *Perché l'Europa*, cit., 2.

⁶² Corte europea, *Viola c. Italia*, cit., § 108 sottolinea che se la punizione rimane uno degli obiettivi della

Nel ripercorrerne le alterne vicende giuridiche, i giudici hanno osservato come la rilevanza costituzionale non abbia assicurato al principio rieducativo sempre un ruolo di primo piano⁶³. La prevalente teoria polifunzionale della sanzione penale, infatti, non ha mai permesso di riconoscere la portata assoluta ed esclusiva della rieducazione. Neppure il recente superamento⁶⁴ di una simile interpretazione riduttiva, e il contestuale riconoscimento della centralità della rieducazione, hanno portato all'abolizione di istituti che, come l'art. 4 *bis* ord. pen., sono chiaramente in contrasto con il principio in parola⁶⁵.

Cionondimeno, la violazione dell'art. 3 Cedu va ravvisata proprio nella mancata prospettiva di rieducazione e di reinserimento sociale, connessi all'incomprimibilità dell'ergastolo ostativo, oltre che nella mancata attuazione del principio di progressione trattamentale⁶⁶. Quest'ultimo per la Corte edu costituisce una declinazione della funzione rieducativa⁶⁷ ed è uno dei fondamenti del sistema penitenziario italiano, nonostante sia assunto al rango di principio solo sul finire degli anni novanta, quando la Consulta lo definì principio di *non regressione trattamentale*⁶⁸.

Strettamente connesso al tema della progressione trattamentale è il riferimento alla collaborazione con la giustizia, che, secondo la memoria presentata dal Governo italiano, costituisce proprio la *chance* di rieducazione e soprattutto di progressione trattamentale, mentre per la Corte europea fonda il limite

detenzione, le politiche penali europee mettono ormai l'accento sull'obiettivo della risocializzazione, che riguarda anche i detenuti condannati all'ergastolo, in particolare verso la fine di una lunga pena detentiva. Il principio di risocializzazione si riflette nelle norme internazionali ed è attualmente riconosciuto nella giurisprudenza della Corte (cfr. *Murray c. Inghilterra*, ricorso n. 14310 del 28 ottobre 1994 [GC]).

⁶³ Cfr. *Viola c. Italia*, cit., § 37 in cui si richiamano le sentenze della Corte costituzionale italiana 4 febbraio 1966 n. 12; 4 luglio 1990 n. 313; 11 giugno 1993 n. 306; 5 luglio 2001 n. 273.

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 149 del 2018.

⁶⁵ La Corte EDU elenca le principali pronunce della Corte costituzionale in cui la questione di legittimità dell'art. 4 *bis* ord. pen. è stata sempre rigettata e richiama, inoltre, i progetti di riforma presentati e mai attuati (cfr. § 37 e 49).

⁶⁶ L'affermazione ripercorre quanto già affermato nella citata decisione *Vinter c. Inghilterra*, da cui emerge che il reo condannato a sanzione detentiva deve essere sempre posto nella condizione di sapere se la liberazione è possibile e a quali condizioni, così come se c'è una reale possibilità di reinserimento sociale. Anche nel ricorso *Viola c. Italia* è l'assoluta incomprimibilità della pena che viene contestata dal ricorrente e non la tipologia inflitta.

⁶⁷ V. Corte EDU, *Viola c. Italia*, § 112. L'orientamento era già stato anticipato nella decisione *Murray e Hutchinson c. Regno Unito*, al § 101.

⁶⁸ Così Corte Cost., sent. n. 445 del 1997. In quell'occasione la Consulta dichiarò incostituzionale proprio l'art. 4 *bis* ord. pen. nella parte in cui applica il regime preclusivo anche a coloro che già hanno usufruito di permessi premiali. Tale circostanza, infatti, funge da indice della rieducazione del reo, rispetto al quale non troverebbe giustificazione un trattamento più sfavorevole.

estrinseco dello stesso principio di progressione⁶⁹.

Stando a quanto affermato dai giudici europei, la possibilità offerta dall'art. 58 *ter* ord. pen. di evitare il regime di preclusioni persegue esclusivamente finalità di prevenzione generale e tutela della collettività, e non è funzionale alla rieducazione e alla progressione trattamentale⁷⁰.

Si sarebbe potuto non arrivare alla Corte europea, dal momento che la stessa Corte costituzionale aveva già nel lontano 1997 affermato che *la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo*⁷¹. La Consulta lasciava, così, intendere che ove fosse preclusa la possibilità di ottenere la liberazione condizionale, si sarebbe dovuto rilevare un contrasto con la previsione costituzionale dell'art. 27 Cost.⁷².

La totale illegittimità dell'istituto in esame, poi, rilevarebbe sotto l'ulteriore profilo della violazione dell'art. 117 Cost., nella sua veste di parametro interposto rispetto all'art. 3 Cedu, ritenuto leso proprio dalla Corte edu nella sentenza *Viola c. Italia*. Invero, la questione non è stata ritenuta rilevante né dalla Suprema Corte nell'ordinanza di rimessione n. 59 del 2018⁷³, né dalla stessa Corte costituzionale nella pronuncia n. 253 del 2019.

Rispetto all'ipotesi di verificare tale profilo di illegittimità, la Corte costituzionale ha operato la scelta tecnica di mantenersi nei confini del *petitum*, interpretando in maniera rigida il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, laddove la prassi dimostra come la scelta avrebbe potuto essere

⁶⁹ Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, § 100 in cui si rimarca la differenza del caso *Viola c. Italia* rispetto alla decisione *Ocalan c. Turchia*: nell'ordinamento turco l'automatismo legislativo non permette alcuna possibilità di uscita dal sistema detentivo in caso di condanna a pena perpetua.

⁷⁰ La Corte nota, inoltre, come tutto ciò sia chiaramente frutto del contesto storico in cui la norma è stata inserita. V. *Viola c. Italia*, cit., § 130

⁷¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 1997.

⁷² Invero, l'orientamento era già stato espresso nel 1974, quando nella sentenza n. 264 i giudici costituzionali affermarono che la liberazione condizionale *consente l'effettivo reinserimento dell'ergastolano nel consorzio civile. Ma questo suo connotato di perpetuità non può legittimamente intendersi, alla stregua dei principii costituzionali, come legato, sia pure dopo l'esperimento negativo di un periodo trascorso in liberazione condizionale, ad una preclusione assoluta dell'ottenimento, ove sussista il presupposto del sicuro ravvedimento, di una nuova liberazione condizionale. Il mantenimento di questa preclusione nel nostro ordinamento equivarrebbe, per il condannato all'ergastolo, ad una sua esclusione dal circuito rieducativo, e ciò in palese contrasto - come già si è visto - con l'art. 27, comma terzo, della Costituzione, la cui valenza è stata già più volte affermata e ribadita, senza limitazioni, anche per i condannati alla massima pena prevista dall'ordinamento italiano vigente.*

⁷³ Il ricorrente aveva provveduto a inserire tale profilo di illegittimità tra i motivi di doglianza presentati al Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila, che aveva ritenuto non fondata la questione. È la stessa Corte costituzionale a ricordarlo al punto 5.1 della sentenza n. 253 del 2019.

di segno diverso⁷⁴.

Probabilmente la Consulta non ha voluto mantenersi nel solco della sentenza *Viola c. Italia*, preferendo discostarsene, pur addivenendo, poi, alla identica conclusione in merito all'opportunità che il regime preclusivo previsto dall'art. 4 *bis* ord. pen. si tramuti da assoluto a relativo. O, ancora, non ha voluto porre ulteriormente l'accento su una norma convenzionale così altamente simbolica come l'art. 3. Prova ne è anche la circostanza che i giudici costituzionali evitano accuratamente qualsiasi richiamo alla decisione della corte di Strasburgo.

4. *La natura giuridica e la questione della retroattività.* La disciplina dell'art. 4 *bis* ord. pen. presenta elevate criticità anche riguardo al regime intertemporale.

Sia all'atto dell'introduzione dell'istituto, sia in alcune successive modifiche, lo stesso legislatore aveva provveduto a indicare il regime intertemporale mediante la previsione di norme transitorie⁷⁵, trovando così una soluzione pragmatica generalmente condivisa che quasi sempre ha salvaguardato le posizioni soggettive. Tuttavia, le ultime modifiche apportate dalla legge n. 3/2019 all'art. 4 *bis* ord. pen. hanno fatto eccezione, facendo emergere tutta la complessità sostanziale della questione, che la giurisprudenza di merito ha affrontato seguendo due orientamenti diversi⁷⁶.

Si tratta, in effetti, di un aspetto che costituisce un ulteriore terreno di scontro tra la dottrina e la giurisprudenza e che rinvia al tema della natura giuridica del regime preclusivo. A fronte di una *lettura formalistica*⁷⁷ della norma operata pacificamente dalla giurisprudenza di legittimità, che rinnega categoricamente la natura di diritto sostanziale all'istituto⁷⁸, la dottrina maggioritaria ri-

⁷⁴ CATELANI, *La determinazione della questione di legittimità costituzionale nel giudizio incidentale*, Milano 1993, 104-115; RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, 274.

⁷⁵ V. L. 23 dicembre 2002 n. 279 art. 4.

⁷⁶ Un primo orientamento ha operato una scelta di autonomia e ha individuato un termine dal quale far decorrere l'operatività della modifica legislativa, laddove altri hanno optato per una interpretazione costituzionalmente conforme, riconoscendo la natura sostanziale delle norme dell'esecuzione penale e applicando il co. 4 dell'art. 2 c.p. Un secondo orientamento, invece, ha ritenuto consolidato il diritto vivente sul punto e, dunque, inevitabile la rimessione della questione alla Consulta.

⁷⁷ Così MANES, *L'estensione*, *cit.*, 113.

⁷⁸ Anche Corte cost., sent. n. 306 del 1993, che sembra accogliere un orientamento contrario quando afferma che l'art. 4 *bis* ord. pen. non presenta i caratteri di una norma di natura penitenziaria, in realtà non valuta ontologicamente la natura dell'istituto, bensì prende in considerazione un aspetto marginale.

porta le norme dettate in tema di esecuzione penale nell'ambito del diritto sostanziale laddove dimostrino di avere una connotazione afflittiva tale da incidere sul trattamento sanzionatorio⁷⁹.

Il tema di natura giuridica dell'art. 4 *bis* ord. pen. è caratterizzato da forti note di ambiguità con evidenti ricadute in tema di applicabilità del principio di irretroattività, che rileva per le norme di diritto sostanziale, ma cede alla regola del *tempus regit actum* in caso di disposizioni di diritto penitenziario o processuale.

L'applicazione del principio di irretroattività è sostenibile da diverse prospettive.

In primo luogo, la stessa denominazione di "ergastolo ostativo" dato al regime penitenziario istituito dall'art. 4 *bis* ord. pen. costituisce un solido argomento per ritenere che siamo in presenza di un istituto che attiene al catalogo delle sanzioni e che pertanto l'art. 4 *bis* va considerato norma di diritto sostanziale in tutta la sua disciplina. Se, con una evidente forzatura del sistema, lo si volesse considerare norma di natura processuale, anche in tale ipotesi si potrebbe ipotizzare un necessario bilanciamento tra la regola del *tempus regit actum* e il divieto di *reformatio in peius*.

Infine, il carattere di norma dell'esecuzione non escluderebbe *a priori* l'operatività del principio della *lex mitior* nei casi in cui sia chiamata a disciplinare modalità di somministrazione della pena e non mere questioni di organizzazione penitenziaria⁸⁰.

Un primo segno di *revirement* giurisprudenziale⁸¹ è giunto dalla Suprema Corte con la sentenza n. 12541/19, che, pur senza operare un'inversione di

La Corte, infatti, ritiene che la scelta di collaborare non necessariamente è frutto di un ravvedimento e risocializzazione del reo, ma può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista di vantaggi che la legge vi connette; ciò vale anche *a contrario*, quando la decisione del reo di non collaborare non discende dalla volontà di mantenere i rapporti con la criminalità organizzata, bensì dal timore per la propria o altrui incolumità. Per brevi cenni comparatistici v. MANES, MAZZACUVA, *Irretroattività*, cit., 7 ss.

⁷⁹ Sul punto ancora MANES, *L'estensione*, cit., 113 ss. L'autore ripercorre anche le decisioni della Corte europea in materia, che giungono a soluzioni concordi con quanto indicato dalla dottrina. Si veda anche ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1 ss.; GAMBARDELLA, *Il grande assente*, cit., 62.

⁸⁰ Il principio della *lex mitior* si presterebbe molto bene in sede di esecuzione, dato il suo carattere meno rigido e vincolato rispetto al principio di irretroattività. Così FIORE S., *Norme*, cit., 3.

⁸¹ Sino ad oggi le pronunce della Suprema Corte sono state di segno contrario. V. Cass., Sez. Un., 17 luglio 2006, Pres. Gemelli, in *Mass. Uff.*, n. 24561, secondo cui la disciplina prevista dall'art. 2 c.p. non si applica alle norme dell'esecuzione penale. Maggiore apertura aveva mostrato Cass., Sez. Un., 14 luglio 2011, Ciani, in *Mass. Uff.*, n. 27919, che, pur affermando la centralità della regola del *tempus regit actum*, ne auspicava una interpretazione critica.

rotta rispetto al riconoscimento della natura di norma penitenziaria dell'art. 4 *bis* ord. pen., ha fatto leva sui principi Cedu e sulla decisione *Rio Prada c. Spagna*, ritenendo non manifestamente infondata *la prospettazione difensiva secondo la quale l'aver il legislatore cambiato in itinere le "carte in tavola" senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce nei confronti del ricorrente nel passaggio - "a sorpresa" e dunque non prevedibile - da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione*⁸².

Inevitabile, alla fine, che della questione fosse investita anche la Corte costituzionale⁸³. Ben undici le ordinanze di rimessione, che hanno impugnato l'art. 1 co. 6 b) L. n. 3/2019 per contrasto con gli artt. 3, 24, 25 co. 2, 27 co. 3 Cost. e art. 7 Cedu per il tramite dell'art. 117 co. 1 Cost. Posizione comune alla maggior parte dei remittenti è il riconoscimento della violazione del principio di affidamento del condannato, che impone la cristallizzazione del trattamento sanzionatorio al momento della condanna e la conseguente impossibilità di un peggioramento dello *status* del reo⁸⁴.

Nella sentenza n. 32/2020 la Consulta, pur non mancando di osservare che in astratto l'applicazione *tout court* dell'irretroattività alle norme penitenziarie si tradurrebbe nella violazione del principio di uguaglianza del trattamento tra i detenuti, ha operato una triplice distinzione. In tema di misure alternative⁸⁵, liberazione condizionale e sospensione della pena, si deve riconoscere la capacità di tali istituti a incidere sulla qualità e quantità della pena, con importanti ricadute sullo *status* del reo che si traducono nella necessaria operatività del principio di irretroattività. Diversamente, nel caso degli altri benefici premiali e del lavoro all'esterno *ex art. 21 ord. pen.*, il mantenimento della dimensione detentiva in capo al reo non implica un cambiamento in termini di

⁸² Così Cass., Sez. VI, 20 marzo 2019, n. 12541, cit., con nota di GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2019. Nonostante l'affermazione di principio, la Corte ha rigettato il ricorso poiché «la questione di incostituzionalità prospettata afferisce non alla sentenza di patteggiamento oggetto del presente ricorso, ma all'esecuzione della pena applicata con la stessa sentenza, dunque ad uno *snodo processuale diverso* nonché logicamente e temporalmente successivo, [...] *potendo se del caso essere riproposta in sede di incidente di esecuzione*».

⁸³ Corte cost., sent. n. 32 del 2020.

⁸⁴ Si tratta di una conclusione che presenta una forte analogia con il divieto di *reformatio in peius* *ex art. 597 co. 3 c.p.p.* Cfr. MINGIONE, *Divieto di reformatio in peius tra torture sistematiche e prospettive di riforma*, in *Giur. pen. web*, 2019, 5.

⁸⁵ In tal senso già Corte cost., sent. n. 306 del 1993.

afflittività, sicché le modifiche normative alla disciplina di riferimento possono avere una applicazione retroattiva. Discorso a parte per i permessi premio, per i quali si rende necessaria una valutazione caso per caso rispetto al grado di rieducazione del reo.

La precisa indicazione operata dalla Corte in merito alla capacità delle misure premiali di incidere o meno sul carico afflittivo della pena, scaturisce probabilmente dall'esigenza di limitare la discrezionalità giudiziale, fornendo alla magistratura di sorveglianza dei parametri certi.

La soluzione, nel superare la rigidità di etichette classificatorie, costituisce un evidente segno di cambiamento e va senz'altro nella direzione da tempo indicata dalla Corte europea in merito alla qualificazione della norma e della sanzione all'interno della materia penale⁸⁶.

Tuttavia, sembrerebbe che anche la scelta di diversificare il regime intertemporale in base agli effetti prodotti dalla modifica normativa possa essere superata. L'applicazione retroattiva di norme che aggravano il carico sanzionatorio non può che dare luogo a una generale violazione dei principi di legalità e rieducazione⁸⁷, ma questo vale per tutte le disposizioni che prevedono un trattamento più favorevole per il reo e non solo per quelle che incidono qualitativamente e quantitativamente sulla condizione di detenzione⁸⁸.

La certezza della pena non è un principio univoco, che può essere invocato dalla collettività nella sua esclusiva funzione di prevenzione generale, bensì opera anche a vantaggio del reo nel senso della realizzazione della funzione di prevenzione speciale positiva. Il punto di partenza della rieducazione, infatti, è proprio la fiducia che il reo deve riporre nello Stato rispetto alla possibilità di conoscere anzitempo la pena che lo aspetta, senza che intervengano successivamente fattori peggiorativi della sua condizione⁸⁹.

Si tratta di una esigenza che non si coniuga con l'operatività del principio del *tempus regit actum*, il quale andrebbe riportato nella sua dimensione esclusivamente processuale, recuperandone anche l'interpretazione autentica. Non essendo rinvenibile, infatti, una disciplina generale, se non l'art. 11 disp. prel.,

⁸⁶ La natura di norma penale non va ascritta in base alla qualità della norma, né tanto meno alle etichette indicate dagli Stati, bensì valutando gli effetti che questa produce. Le più note decisioni sul punto sono Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976; *Id.*, *Scoppola c. Italia* 17 settembre 2009; *Id.*, *Del Rio Prada c. Spagna* 21 ottobre 2013; *Id.*, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014.

⁸⁷ Così FIORE S., *Norme*, cit., *passim*.

⁸⁸ Autorevole dottrina in passato già aveva criticato la netta distinzione tra norme di diritto sostanziale e norme di diritto processuale. V. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino 1999, 18.

⁸⁹ Cfr. MANES, *L'estensione*, cit., 116, secondo cui la retroattività applicata alla questione in esame si tradurrebbe nella violazione degli artt. 24, 111 Cost. e 6 Cedu.

l'unico significato attribuibile alla locuzione è nel senso della cristallizzazione della normativa da applicare al momento dell'emanazione dell'atto⁹⁰.

Se non sembra discutibile l'inapplicabilità della regola del *tempus regit actum* ai benefici penitenziari di alcun genere, né tanto meno alle preclusioni (entrambi gli istituti, infatti, vanno riportati nell'alveo del diritto sostanziale come già Bricola sosteneva nel 1981⁹¹, pena una inaccettabile truffa delle etichette), essa non dovrebbe trovare applicazione nemmeno per la sospensione dell'esecuzione della pena, a dispetto della sua natura di norma processuale. E infatti, la Consulta lo ribadisce espressamente nella recente sentenza n. 193 del 31 luglio 2020⁹², quando, in merito al delitto di favoreggiamento all'immigrazione clandestina, ripropone le osservazioni già formulate in occasione della sentenza n. 32/2020 relative all'art. 656 co. 9 c.p.p. Il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per i reati inseriti nell'art. 4 *bis* ord. pen., nel produrre *l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa [...]*, determina un effetto di trasformazione della pena inflitta e della sua concreta incidenza sulla libertà personale.

La Corte, nel ritenere non fondata la questione di legittimità, restituisce gli atti al giudice rimettente, dando, così, prova che ormai il diritto vivente relativo al regime intertemporale dei mutamenti normativi sia stato modificato in tal senso,. L'unica interpretazione della disciplina dettata in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina conforme all'art. 25 co. 2 Cost., dunque, è quella indicata nella sentenza n. 32/2020, non essendo individuato un diverso regime transitorio dal legislatore.

Analoga soluzione era stata adottata appena il giorno prima dalla Consulta in un'ordinanza⁹³ relativa ancora una volta alla fattispecie di favoreggiamento

⁹⁰ Cfr. FIORE S., *Norme*, cit., 11. L'autore analizza la *ratio* del principio del *tempus regit actum* nel senso dell'applicabilità della norma vigente al momento dell'emanazione dell'atto processuale e ricordando come anche le Sezioni Unite si espressero in tal senso. V. Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, Ambrogio, in *Mass. Uff.*, n. 250196.

⁹¹ BRICOLA, *Il 2° e il 3° comma dell'art. 25*, in, *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Roma, Il foro italiano, 1981, p. 299, secondo cui era necessario *riportare al tempo della commissione del fatto il quadro di riferimento normativo dell'esecuzione*.

⁹² La questione di legittimità sollevata dalla Corte di assise di appello di Brescia ha riguardo all'art. 3 *bis* co. 1 d.l. 18 febbraio 2015 n. 7 a tenore del quale la fattispecie di favoreggiamento all'immigrazione clandestina (ad oggi convertita in aggravante) ex art. 12 c. 3 d.lgs. n. 286/1998 è inserita nel novero dei reati ostativi previsti dall'art. 4 *bis* ord. pen.

⁹³ Si tratta dell'ordinanza n.183 del 30 luglio 2020, con cui la Corte costituzionale ha restituito gli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione della questione *alla luce del mutato contesto normativo*.

dell'immigrazione clandestina, ma con oggetto direttamente l'art. 4 *bis* ord. pen. In tal caso, la modifica normativa del 2015 al testo unico sull'immigrazione aveva determinato automaticamente l'impossibilità di concedere un permesso premio al detenuto per l'operatività del principio *tempus regit actum*.

4.1 *Illico et immediate*. La declaratoria di parziale incostituzionalità ad opera della sentenza n. 32/2020 ha, così, investito l'art. 1 comma 6 lettera b) della legge 9 gennaio 2019 n. 3, nella misura in cui le modifiche apportate all'art. 4 *bis* ord. pen., con l'estensione del regime ostativo ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione, non trovano più applicazione in caso di richiesta di misure alternative, liberazione condizionale, nonché di divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione in riferimento a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della suddetta legge.

La Corte costituzionale ha altresì dichiarato l'illegittimità della stessa norma nella parte in cui non ammette la possibilità di concedere il permesso premio al condannato che, prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, abbia già raggiunto un grado di rieducazione adeguato alla concessione della misura.

Cionondimeno, la declaratoria di incostituzionalità non investe il profilo del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, ritenendo la Consulta inammissibile la questione sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Taranto⁹⁴.

La giurisprudenza di legittimità si è immediatamente adeguata alla soluzione indicata dalla Consulta.

Una prima pronuncia della Cassazione ha ritenuto fondato il ricorso di un condannato a cui era stata negata la concessione dell'affidamento in prova in seguito all'intervenuta modifica normativa della disciplina dell'art. 4 *bis* ord. pen.⁹⁵

⁹⁴ La Corte ritiene, infatti, che *l'accoglimento delle questioni prospettate dalle ordinanze iscritte ai numeri 114, 115, 118, 119, 160, 161, 193, 194 e 220 del r.o. 2019 in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost. rende infine priva di oggetto - e per tale ragione inammissibile - la questione di legittimità costituzionale iscritta al n. 157 del r.o. 2019, avente identico petitum, sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Taranto in riferimento al solo art. 3 Cost.*

⁹⁵ Cass., Sez. I, 20 marzo 2020, Pres. Mazzei, in *Mass. Uff.*, n. 12845, in cui - in accoglimento del ricorso del reo - si ravvisa il contrasto dell'art. 3 co. 1 lett. a) d.l. n. 11/2009 con l'art. 25 co. 2 Cost. e si dispone il rinvio al giudice *a quo*.

In particolare, il reo era stato condannato per violenza sessuale quando tale fattispecie era annoverata tra i reati di seconda fascia previsti dall'art. 4 *bis* ord. pen. e i benefici penitenziari erano preclusi solo in caso di mantenimento dei collegamenti con la criminalità organizzata. Successivamente all'entrata in vigore della legge 38/2009, i fatti previsti dall'art. 609 *bis* c.p. sono stati inseriti tra i reati di terza fascia, per i quali la concedibilità delle misure alternative è subordinata a un anno di osservazione scientifica della personalità all'interno dell'istituto. La Corte di cassazione, recependo il percorso ermeneutico della Corte costituzionale, ha ritenuto che le modifiche normative intervenute successivamente alla condanna abbiano determinato un assetto punitivo peggiorativo, spostando in avanti o addirittura precludendo la concessione delle misure alternative.

A riprova che questa sia la strada da seguire per tutta la giurisprudenza di merito un ulteriore provvedimento della Corte costituzionale, intervenuto a luglio 2020⁹⁶, che nel riunire sette ordinanze di rimessione sollevate su analoghe questioni di legittimità in merito allo stesso art. 1 comma 6 lettera b) della legge 9 gennaio 2019 n. 3 in combinato disposto con l'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p., ha restituito gli atti ai remittenti, ritenendo che, essendo già sopraggiunta una pronuncia di illegittimità sulla stessa questione, spetti al giudice *a quo* la concreta e pregiudiziale valutazione sull'incidenza delle sopravvenute modifiche circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni di illegittimità costituzionale sollevate.

Una seconda decisione della Cassazione⁹⁷ ha nuovamente sollevato davanti alla Corte costituzionale una questione di legittimità in merito all'ergastolo ostativo per contrasto con gli artt. 3, 27 e 117 Cost., ma - diversamente dalla prima - questa pronuncia sembra avere una portata dirimente sotto il profilo delle norme impugnate. La Cassazione, infatti, ha ritenuto non manifestamente infondati i profili di illegittimità non solo dell'art. 4 *bis* ord. pen. co. 1 e art 58 *ter* ord. pen., ma soprattutto dell'art. 2 d.l. n. 152/1991, norma introduttiva dell'istituto in esame.

Il fatto che la Consulta sia chiamata a pronunciarsi sull'istituto nel suo complesso potrebbe costituire la svolta conclusiva e ricondurre a razionalità il sistema nel suo complesso.

La vicenda trae origine dal ricorso di un condannato a pena detentiva perpetua, a cui era stato negato l'accesso alla liberazione condizionale per l'operatività del regime ostativo rispetto a fatti di reato rientranti nella prima

⁹⁶ V. ordinanza 30 luglio n. 184.

⁹⁷ Cass., Sez. I, 18 giugno 2020, Pres. Mazzei, in *Mass. Uff.*, n. 18518.

fascia (art. 416 *bis* c.p.) prevista dall'art. 4 *bis* ord. pen. e per i quali non era intervenuta alcuna forma di collaborazione valutabile ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. pen. Dopo aver ripercorso le decisioni recentemente adottate a livello nazionale ed europeo, la Cassazione prende atto che la richiesta del reo è stata rigettata dal Tribunale di sorveglianza dell'Aquila, senza che sia stata effettuata alcuna valutazione sul merito e osserva che *il superamento della presunzione assoluta* [così come statuito nella sentenza n. 253/2019 dalla Corte costituzionale] *in vista della decisione su un primo stadio della progressione trattamentale, vedrebbe scemata gran parte del suo significato sistematico se per le ulteriori tappe del percorso di risocializzazione dovesse invece valere ancora la preclusione ad una considerazione individualizzata del comportamento e della personalità del condannato.*

Alla luce della sentenza n. 253/2019 e degli ultimi orientamenti della giurisprudenza di legittimità, con il superamento della presunzione assoluta e l'inversione dell'onere della prova, questa sembrerebbe oggi essere una soluzione scontata, che nel passato non appariva come tale a causa dell'ambiguità con cui il legislatore ha sempre utilizzato le etichette "diritto sostanziale", "diritto penitenziario", "diritto processuale e dell'esecuzione". Se si arrivasse ad assimilare l'esecuzione della pena al diritto sostanziale, allora la valutazione della pericolosità del reo andrebbe cristallizzata al momento della commissione del fatto, e questo ancor più ove non si riesca a dimostrare l'interruzione dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Se, in riferimento all'irretroattività dell'art. 4 *bis* ord. Pen., siamo senz'altro a una svolta, rimane, tuttavia, ancora limitata la portata del cambiamento, non essendo intervenuta una *reductio ad unum* di tutte le norme dell'esecuzione penale rispetto alla loro qualificazione come norme di diritto sostanziale. Con ogni probabilità, ciò discende dalla considerazione dell'inopportunità in termini di politica criminale di una conclusione in tal senso, posto anche il problema che ne scaturirebbe rispetto ai condannati in regime di carcere duro.

È, comunque, ormai chiaro che non è possibile aumentare il carico afflittivo della pena per scopi ed esigenze investigative o per mere ragioni di sicurezza collettiva, trattandosi oltretutto di valutazioni che non dovrebbero trovare posto nell'ambito dell'esecuzione penale.

5. Riflessioni conclusive. Un istituto che subordina il bene supremo della libertà personale alla collaborazione non può essere considerato rispettoso dei

canoni costituzionali, mentre si risolve senz'altro in un trattamento disumano e degradante⁹⁸. Tale è anche una modifica normativa che incide sulla qualità e quantità del trattamento sanzionatorio senza perseguire lo scopo esclusivo e inderogabile della rieducazione, laddove la pena può essere flessibile - soprattutto in fase di esecuzione - solo se in un'ottica di *favor rei* rispetto al grado di cambiamento raggiunto dal condannato⁹⁹.

La trasformazione della presunzione prevista nell'art. 4 *bis* ord. pen. da assoluta a relativa rende meno evidente il conflitto con il principio di umanizzazione della pena. Sembra, tuttavia, che la Corte abbia usato un eccesso di cautela, senza riuscire peraltro a trovare il giusto equilibrio tra il potere legislativo e quello giudiziario.

Sotto il primo profilo, infatti, una soluzione diversa avrebbe comportato il rischio di esporsi a innumerevoli ricorsi, magari travolgendo anche l'istituto del 41 *bis* ord. pen., tant'è che la Corte costituzionale si è strenuamente attenuta al *petitum*, con l'unica eccezione dell'estensione del *decisum* a tutte le ipotesi dei reati cd. di prima fascia. La portata della sentenza n. 253/2019 è limitata, posto che l'obbligo di collaborazione non è stato eliminato, allo stesso modo dell'inesigibilità che è rimasta intatta; ancora, la pronuncia ha toccato solo i permessi premio e non anche le misure alternative, né la libertà condizionale¹⁰⁰.

Un simile approccio, dunque, rinvia solo il problema. La prima concisa e inequivocabile pronuncia della Cassazione sull'irretroattività lascia intendere che la giurisprudenza di merito si adegnerà pacificamente al dettato della Corte costituzionale. Ulteriori sollecitazioni giungeranno, anche, dalla Corte europea, poiché la decisione *Viola c. Italia* non costituisce formalmente una sentenza pilota¹⁰¹.

⁹⁸ Cfr. ZAGREBLESKY, *La pena detentiva "fino alla fine" e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in *Per sempre dietro le sbarre*, cit., 16 ss. e GALLIANI, *Ora tocca ai giudici costituzionali. Il viaggio dell'ergastolo ostativo al capolinea?*, *ibidem*, cit., 113.

⁹⁹ Sul punto FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 404.

¹⁰⁰ Per un autorevole commento sull'atteggiamento di *self restraint* della Corte costituzionale si veda FIANDACA, *Ergastolo ostativo e 41 bis ord. pen. L'interazione virtuosa tra giudici ordinari e Corte costituzionale*, in *www.giustiziasieme.it*.

¹⁰¹ Ciò sia perché ad Aprile 2018 i giudici di Strasburgo hanno ritenuto ricevibile il ricorso *Filadelfo Ruggeri c. Italia* incentrato sul contrasto tra il regime del carcere duro ex art. 41 *bis* ord. pen. e l'art. 3 Cedu, che coinvolge anche l'istituto dell'ergastolo ostativo nella sua generale portata, sia perché nel rilevare un problema strutturale in ordine al sistema sanzionatorio italiano, la stessa Corte ravvisa la possibilità che in un immediato futuro giungano numerosi altri casi della stessa specie all'esame della Corte. Ne conseguirebbero ripetute condanne per l'Italia per violazione quanto meno dell'art. 3 Cedu. Sul valore di sentenza pilota si veda A. ESPOSITO, *Giochi di luce: quando il mostro diventa riconoscibile*, in *questa Rivista*, 2, 2020, 4.

Sotto il secondo profilo, invece, si avverte il disagio di aver trasferito la discrezionalità dal potere legislativo a quello giudiziario, che sarà chiamato a valutare caso per caso l'opportunità della concedibilità del beneficio penitenziario. A ciò si aggiungano i controlli che la stessa magistratura dovrà garantire raccogliendo tutte le informazioni del caso e la previsione a carico del reo dell'onere della prova circa l'interruzione dei rapporti con la criminalità organizzata¹⁰², con la possibile conseguenza che le possibilità di accedere alle misure premiali restino invariate o addirittura diminuiscano¹⁰³.

Il pericolo potrebbe essere scongiurato restituendo al momento valutativo della pericolosità il giusto peso, valorizzando nel massimo grado il ruolo della magistratura di sorveglianza e degli esperti ausiliari del giudice¹⁰⁴, oltre che assicurando la possibilità di un riesame del percorso effettuato dal singolo reo alla luce del cambiamento e dei progressi raggiunti¹⁰⁵. Questa soluzione avrebbe il pregio di restituire una coerenza di sistema, in termini di ragionevolezza e proporzionalità dell'istituto sotto il profilo dell'individualizzazione del trattamento rieducativo¹⁰⁶.

D'altronde, già nel lontano 1990 la Corte costituzionale aveva riconosciuto un ruolo di primo piano alla discrezionalità giudiziale, dovendo il giudice garantire in concreto che la pena sia effettivamente funzionale alla rieducazione¹⁰⁷.

Tirando le fila del discorso, quanto è cambiato lo scenario del regime preclusivo dopo le ultime pronunce della Corte costituzionale e dopo la decisione *Viola c. Italia*? Forse molto, forse poco.

L'introduzione della presunzione relativa e dell'irretroattività 'parziale' costituiscono sì una soluzione, ma solo in termini di temperamento rispetto al rigore imposto dall'art. 4 *bis*. Al contempo, non costituiscono un passo in avan-

¹⁰² Cfr. BALLINI, *La Consulta e la rieducazione negata. L'incostituzionalità del sistema ostativo previsto dall'art. 4 bis ord. pen. (sent. 253/2019)*, in www.discrimen.it. L'inversione dell'onere della prova potrebbe rivelarsi una *probatio diabolica*, tanto da risultare impossibile in molti casi.

¹⁰³ Denuncia i rischi del rafforzamento del regime probatorio a carico del condannato PELISSERO, *Permessi premi e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/19 della Corte Costituzionale*, in www.la-legislazione-penale.eu.

¹⁰⁴ Sul ruolo della magistratura di sorveglianza v. SIRACUSANO, *Cronaca*, cit., 10 ss. e RUOTOLO, *Reati*, cit.

¹⁰⁵ Cfr. ZAGREBLESKY, *La pena*, cit., 19 ss. Giova anche sottolineare che nella maggior parte dei casi, fatti eclatanti accaduti durante la fruizione di un beneficio penitenziario sono spesso frutto di una valutazione burocratizzata e che non si avvale degli esperti.

¹⁰⁶ V. PALAZZO, *L'ergastolo*, cit., 8.

¹⁰⁷ Così Corte cost., sent. n. 313 del 1990. Cfr. anche PASSIONE, *Vecchie e nuove*, cit., 10 ss., secondo cui in tema di libertà personale non basta il principio di legalità ma si deve, appunto, valorizzare la funzione giurisdizionale di chi compie la valutazione caso per caso, senza che intervengano i condizionamenti di preclusioni e rigidi automatismi.

ti rispetto alla rieducazione, non potendo questa essere assoggettata alla logica del caso per caso.

Emerge, invece, ben chiara l'esigenza di recuperare una visione d'insieme che sposti il fulcro della questione dalla tipologia della presunzione alla rieducazione, dai singoli benefici penitenziari¹⁰⁸ alla premialità nella sua funzione di individualizzazione del trattamento, dal tipo di reato alle garanzie uguali per tutti. La collaborazione non è di per sé illegittima se considerata in una dimensione di reciprocità, dovendo corrispondere alla disponibilità del reo una disponibilità da parte dello Stato ad attenuare la pena piuttosto che rafforzarla per la mancata cooperazione¹⁰⁹.

A tutto voler concedere, trattandosi evidentemente di un istituto ispirato alle logiche di diritto penale del nemico, si può immaginare di lasciare intatta la presunzione assoluta solo per le fattispecie che pongono eccezionali esigenze di contrasto come quelle relative alla criminalità organizzata e ai fatti di terrorismo¹¹⁰. Come anche affermato dalla Corte europea, *la lotta alla criminalità di stampo mafioso può portare all'adozione di misure che [...] mirano a tutelare, prima di tutto, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché a prevenire la commissione di altri reati gravi. In questo contesto, una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolare quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria*¹¹¹.

Resta ineludibile il suggerimento della Corte europea di procedere a una riforma legislativa che ripensi tutto il complesso delle norme dettate in tema di detenzione perpetua, senza che intervengano condizionamenti di politica criminale, né strumentalizzazioni ad uso di un diritto penale populistico, non essendo altrimenti eliminabili i profili di contrasto con l'art. 3 Cedu e l'art. 27 Cost.¹¹²,

¹⁰⁸ Sulla liberazione condizionale v. RUOTOLO, *Reati*, cit., *passim*.

¹⁰⁹ V. PALAZZO, *L'ergastolo*, cit., 10 e 11.

¹¹⁰ In tal senso molte le voci in dottrina e giurisprudenza. Si veda BIONDI, *Il 4bis all'esame della Corte Costituzionale: le questioni sul tappeto e le possibili soluzioni*, in *Per sempre dietro le sbarre*, cit., 44 ss.; TARTAGLIA, *La sentenza della Corte edu sull'ergastolo ostativo ci pone un problema importante, che però siamo preparati a risolvere. Dalle presunzioni assolute a quelle relative*, in www.giurisprudenzapenale.com.

¹¹¹ Così Corte EDU, *Pantano c. Italia*, decisione 6 novembre 2003 su ricorso n. 60851/00.

¹¹² Cfr. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1238 ss., secondo cui *nella calcificata emergenza penitenziaria l'ergastolo non può essere strumento rinunciabile in cambio della collaborazione ma deve tornare a essere pena: finita e definita come il nostro stesso orizzonte esistenziale, inaccettabile senza una speranza*.

