

La irragionevolezza delle presunzioni che connotano il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi.

Riflessioni a margine della sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale.

di

Giuseppe Della Monica *

SOMMARIO: 1. La *ratio* della pronuncia. — 2. Un ulteriore passo verso il superamento degli automatismi irragionevoli. — 3. Il conflitto tra le Corti sui limiti alla discrezionalità del legislatore. — 4. L'esigenza di razionalizzare il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi. — 5. Conclusioni.

1. La *ratio* della pronuncia.

La disamina della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019¹ consente di rilevare, in primo luogo, che tale pronuncia, sebbene non involga direttamente la questione afferente al cosiddetto “ergastolo ostativo”², comunque

* Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale.

¹ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, in www.archivioiopenale.it, *Giurisprudenza costituzionale*, con note di A.M. CAPITTA, *Permessi premio ai condannati per reati ostativi: la Consulta abbatte la presunzione perché assoluta* e di D. PIVA, *Reati ostativi e permessi premio*. Ulteriori riflessioni sulla pronuncia sono state offerte da L. CATTELAN, *La Consulta salva l'ergastolo ostativo, ma abroga la presunzione assoluta di pericolosità per i condannati a uno dei reati ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit.*, in www.ilpenalista.it, 13 gennaio 2020; G. MALAVASI, *Il problema del permesso premio ai condannati per fatti gravi pur senza la collaborazione con la giustizia*, in *Arch. pen. (web)*, 2020, fasc. n. 1, p. 1 ss.; A. PUGIOTTO, *La sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 febbraio 2020; M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 12 dicembre 2019.

² Per affrontare tale questione, il giudizio di legittimità costituzionale avrebbe dovuto investire, unitamente all'art. 4-bis comma 1 ord. pen., anche la previsione contenuta nell'art. 2 comma 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 203, che ha esteso alla liberazione condizionale — ricompresa tra le cause di estinzione della pena (artt. 176-177 c.p.) — il regime ostativo di cui al citato art. 4-bis. Da ciò consegue che, in mancanza di una collaborazione con la giustizia, salvo che non si versi in una delle ipotesi previste dal comma 1-bis dell'art. 4-bis ord. pen., non può essere concessa la liberazione condizionale al condannato

offre, in relazione a tale problematica, aperture interessanti, con plurime argomentazioni, tutte apprezzabili e condivisibili, a cominciare dalle considerazioni espresse dalla Corte sulla peculiare funzione del permesso premio, che costituisce un primo “atto di fiducia” nei confronti del detenuto, consentendone il controllo allorquando si allontana, per periodi di tempo limitati, dalla struttura carceraria³.

Ancora più stimolanti si rivelano le argomentazioni poste a fondamento della declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 4-bis comma 1 ord. pen., che sollecitano una riflessione di più ampio respiro, articolata in chiave sistematica.

La Corte costituzionale ha aperto la strada, in prospettiva, ad una possibile soluzione della controversa problematica dell’ergastolo ostativo, censurando —

all’ergastolo, anche se ha già espiato ventisei anni di reclusione, come richiesto dall’art. 176 comma 3 c.p., sicché la pena detentiva, in tal caso, finisce per essere effettivamente perpetua, senza una concreta ed effettiva prospettiva di liberazione, in contrasto con quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza sul caso Viola, pronunciata il 13 giugno 2019 e divenuta definitiva il successivo 5 ottobre. Nell’occasione, la Corte europea ha osservato che la scelta del detenuto di non collaborare con la giustizia spesso non è libera, cioè dettata da una permanente adesione ai “valori criminali”, ma piuttosto dalla preoccupazione di non mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari. Va considerata, inoltre, tutt’altro che peregrina — sempre secondo la Corte europea — l’ipotesi di una collaborazione con la giustizia determinata da finalità meramente opportunistiche, per nulla sintomatica, quindi, di una effettiva rivisitazione critica, da parte del reo, della propria condotta criminale e di un’effettiva interruzione dei contatti con l’associazione di appartenenza. Restringere, pertanto, alla sola collaborazione con la giustizia la via di accesso alla liberazione condizionale significa non concedere all’ergastolano una effettiva e libera possibilità di arrivare alla definitiva espiazione della pena, che diviene equiparabile, così, ad un trattamento inumano e degradante, vietato dall’art. 3 CEDU. Per più articolate riflessioni sulla sentenza, v. D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *L’ergastolo ostativo non supera l’esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola c. Italia)*, in *Osservatorio cost.*, 2019, fasc. n. 4, p. 191 ss.; D. MAURI, *“Scacco” all’ergastolo ostativo: brevi note a margine della pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso Viola c. Italia e del suo impatto sull’ordinamento italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, fasc. n. 3, p. 1 ss.; A. TARALLO, *Il “fine pena mai” di fronte al controllo CEDU: un “margine di apprezzamento” sempre più fluttuante e aleatorio*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. n. 1, p. 91 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva « fino alla fine » e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI, *Per sempre dietro le sbarre? L’ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, fasc. n. 10, p. 15 ss.

³ In proposito, la Corte costituzionale ha richiamato le sue precedenti sentenze n. 227 e n. 504 del 1995, n. 445 del 1997 e n. 257 del 2006. D’altra parte, anche la Corte di cassazione, nell’ordinanza di rimessione alla Consulta della questione di legittimità costituzionale, aveva rimarcato la peculiare funzione — nell’ottica rieducativa e risocializzante del reo — del permesso premio, finalizzato alla cura di interessi affettivi, culturali e di lavoro del condannato.

come già accaduto in passato⁴ — il ricorso del legislatore a presunzioni assolute⁵, anche quando esse non appaiono supportate e giustificate da dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*.

Una censura analoga, quindi, a quella che ha motivato i reiterati interventi della stessa Corte costituzionale sulla disposizione dell'art. 275 comma 3 c.p.p., dichiarata più volte illegittima nella parte cui stabiliva, per reati diversi dall'associazione a delinquere di stampo mafioso o terroristico (artt. 270, 270-bis e 416-bis c.p.), una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, laddove si fosse accertata, per un verso, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e constatata, per altro verso, la mancanza in atti di elementi idonei a dimostrare l'assenza di *pericula libertatis*, anch'essi presunti *ex lege*, ma facendo salva, in questo caso, la prova contraria⁶.

La presunzione di poter fronteggiare le esigenze cautelari esclusivamente con la misura restrittiva di massimo rigore si giustifica — secondo la Corte costituzionale — solo in presenza di un reato che implichi un vincolo stabile

⁴ Restando in materia di esecuzione penale, si segnala in via esemplificativa, tra le tante pronunce di rilievo sull'argomento, Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 438, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2059 ss., con nota di F. APRILE, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus Hiv*.

⁵ Le presunzioni — secondo la definizione ricavabile dall'art. 2727 c.c. — sono conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato. Esse si distinguono — come si evince dall'art. 2729 c.c. — in presunzioni legali (cioè previste dalla legge) e semplici (che si basano, invece, su massime di esperienze), nonché in assolute (che non ammettono prova contraria) e relative (che ammettono, invece, la prova contraria, determinando un'inversione dell'onere probatorio). Solo le presunzioni legali — laddove risulti acclarato il fatto noto — esonerano il giudice dall'obbligo di motivazione sulla ritenuta sussistenza del fatto ignoto (posto che la sua deduzione è prevista *ex lege*, salvo eventuale prova contraria, se la presunzione è relativa), mentre le presunzioni semplici si risolvono in criteri argomentativi, cui il giudicante può fare ricorso allorquando ne abbia verificato l'affidabilità e l'attinenza alla *res iudicanda*. Tra gli studi di maggiore spessore sul tema, ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia ai contributi di A. CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, 1920, p. 4 ss.; F. CORDOPATRI, *Presunzione (teoria generale e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 276 ss.; M. FERRAIOLI, *Presunzioni (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 310 ss.; A. PALAZZO, *Presunzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 265 ss.; L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, p. 32 ss.; M. TARUFFO, *Certeza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83 ss.

⁶ L'elenco di tali sentenze — che si sono succedute dal 2010 al 2015 (fino a quando il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. è stato sostituito dalla l. 16 aprile 2015, n. 47, recependo le indicazioni della Corte costituzionale) — è particolarmente nutrito. Per la loro illustrazione commentata, v. G. LEO, *Rassegna di giurisprudenza costituzionale sul processo penale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015, fasc. n. 3, p. 124 ss.

di appartenenza ad un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità, per radicamento sul territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice, poiché solo il carcere — come confermano i dati dell'esperienza — è in grado di interrompere quel vincolo⁷. In altri termini, l'inserimento organico all'interno di un'associazione criminosa di tipo terroristico o mafiosa è l'unico presupposto fattuale che può assicurare alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere un fondamento giustificativo costituzionalmente valido. Resta da precisare che la Corte — nelle sue pronunce sulla previsione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. — non ha mai negato la ragionevolezza della presunzione in sé, ma solo del suo carattere assoluto, non superabile neppure di fronte alla concreta evidenza della possibilità di salvaguardare i *pericula libertatis* con misure meno afflittive.

Altra presunzione assoluta è quella sottesa alla disposizione di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. pen.⁸, che preclude ai condannati per taluni delitti — tra i quali sono ricompresi i reati di criminalità organizzata e quelli commessi con finalità di terrorismo — l'accesso alle misure alternative alla detenzione, eccetto la liberazione anticipata, ai permessi premio e al lavoro svolto all'esterno del carcere⁹, salvo che il detenuto non collabori con la giustizia a norma dell'art. 58-ter ord. pen. o dell'art. 323-bis comma 2 c.p., laddove la condanna abbia ad oggetto uno dei reati contro la

⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., 9 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2149 ss., con note di A. MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?* e di T. RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta* (p. 3722 ss.), nonché in *Cass. pen.*, 2011, p. 3335 ss., con nota di S. LONGO, *Illegittimità costituzionale delle presunzioni in materia cautelare*.

⁸ Per l'analisi, in una prospettiva generale, dei contenuti della disposizione, v. L. CARACENI, *Art. 4-bis*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, p. 41 ss.; E. FARINELLI, *Art. 4-bis ord. penit.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. III, Milano, 2017, p. 2125 ss.; A. MARANDOLA, *Art. 4 bis ord. penit.*, in F. FIORENTIN-F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale*, Milano, 2019, p. 41 ss.; A. SAMMARCO, *Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4-bis e 58-ter l. 26 luglio 1975, n. 354: la collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 871 ss.

⁹ Per la liberazione condizionale, l'estensione a tale beneficio della disciplina dettata dall'art. 4-bis ord. pen. è avvenuta — come già detto (*supra*, nota n. 2) — con l'art. 2 comma 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152.

pubblica amministrazione inclusi nell'elenco delle fattispecie ostative¹⁰. La *ratio* della previsione è evidente: i condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen. sono considerati particolarmente pericolosi — in ragione della gravità dell'illecito commesso, sintomatico dell'appartenenza dell'autore alla criminalità organizzata o del suo collegamento con la stessa — e l'unico strumento idoneo a dimostrare l'avvenuta rescissione del legame con l'ambiente criminoso di appartenenza — consentendo loro, di conseguenza, l'accesso ai benefici penitenziari — è costituito dalla collaborazione con la giustizia¹¹. In sostanza, per taluni delitti, il legislatore ha presunto, in via assoluta, che il superamento della preclusione posta dall'art. 4-*bis* ord. pen. possa avvenire unicamente attraverso la collaborazione con la giustizia¹², non essendovi altro modo per avere certezza dell'avvenuta elisione dei pregressi rapporti del reo con ambienti criminali¹³.

¹⁰ L'inclusione si deve alla legge 9 gennaio 2019, n. 3, ribattezzata "legge spazzacorrotti". Di recente, la Corte costituzionale si è pronunciata sull'applicazione retroattiva — in mancanza di una disciplina transitoria — della disposizione che ha esteso ai reati contro la pubblica amministrazione le preclusioni previste dall'art. 4-*bis* ord. pen. La Corte, preso atto che — secondo la costante interpretazione giurisprudenziale — le modifiche peggiorative della disciplina sulle misure alternative alla detenzione vengono applicate retroattivamente, ha ritenuto tale interpretazione costituzionalmente illegittima — con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione successivo alla sentenza di condanna — poiché l'efficacia di una disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale — rispetto a quella prevista al momento del reato — è incompatibile con il principio di legalità delle pene sancito dall'art. 25 comma 2 Cost.

¹¹ Con tale disposizione — che non a caso ha assunto l'attuale fisionomia con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, emanato a seguito della strage di Capaci del 23 maggio 1992 e dichiaratamente ispirato a « finalità di prevenzione generale e di tutela della sicurezza collettiva » — il legislatore ha inteso perseguire anche l'obiettivo di incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale, la collaborazione con la giustizia dei soggetti appartenenti o contigui ad associazioni criminali.

¹² Vero è che il condannato non è mai "costretto" alla delazione, restando pur sempre una scelta libera quella di collaborare, al fine di accedere ai benefici penitenziari, ma ciò non esclude che la presunzione della mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, gravante sul detenuto non collaborante, è comunque assoluta, perché non può essere superata da altro se non dalla collaborazione.

¹³ La previsione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. pen. — recependo quanto stabilito dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 68 del 1995, n. 357 del 1994 e n. 306 del 1993 — equipara alla collaborazione prestata ex artt. 58-*ter* ord. pen. o 323-*bis* c.p. quella "impossibile" o "inesigibile", in ragione della limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso, affermata nella sentenza di condanna, o dell'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, sempre risultante dalla sentenza irrevocabile. La preclusione di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. può essere superata anche quando la collaborazione che viene offerta risulti

È proprio su questo punto che si è concentrata l'attenzione della Corte costituzionale, che ha ritenuto il carattere assoluto della presunzione in contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost.

Sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3 Cost.), i giudici costituzionali hanno ribadito — riecheggiando le considerazioni già espresse dalla Corte europea nella sentenza pronunciata sul caso Viola¹⁴ — che l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione non confortata dai dati dell'esperienza. Per un verso, infatti, la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, ben potendo essere motivata da ragioni opportunistiche e non rivelare alcun distacco effettivo dagli ambienti criminosi. Per altro verso, il rifiuto di collaborare non può assurgere ad insuperabile indice legale di mancato ravvedimento, poiché questa scelta, talvolta, non è dettata da una permanente adesione ai valori criminali, quanto, piuttosto, dalla preoccupazione di mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari.

La Corte ha ravvisato, inoltre, la violazione dell'art. 27 comma 3 Cost., poiché l'assolutezza della presunzione — se il condannato non collabora — impedisce di valutare gli esiti del suo percorso carcerario, compromettendo, così, la funzione rieducativa della pena¹⁵. Il detenuto non collaborante, infatti, durante l'espiazione della pena, ben può maturare il convincimento di interrompere qualunque collegamento con circuiti criminali e la sua scelta è verificabile

oggettivamente irrilevante, purché al condannato sia stata concessa una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, o dagli artt. 114 e 116 comma 2 c.p. Nelle richiamate ipotesi di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante, occorre, comunque, che siano stati acquisiti elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

¹⁴ V. *supra*, nota n. 2.

¹⁵ La Corte ha osservato ancora, in sentenza, che « l'assenza di collaborazione con la giustizia dopo la condanna non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, in conseguenza del fatto che il detenuto esercita la (legittima) facoltà di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato ». In altri termini, la disposizione impugnata, « anche in nome di prevalenti esigenze di carattere investigativo e di politica criminale, opera(va) una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto ».

attraverso specifiche acquisizioni e allegazioni¹⁶, da sottoporre ad un attento vaglio della magistratura di sorveglianza, tanto più rigoroso quanto più intenso è il collegamento con il sodalizio criminale di cui si esige l'abbandono definitivo. Più specificamente, laddove il detenuto abbia avuto collegamenti con la criminalità organizzata, l'accertamento deve essere volto ad escludere non solo la persistenza di tali collegamenti, ma anche il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali.

È sulla scorta di tali argomentazioni che la Corte è giunta alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 ord. pen., nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia¹⁷, 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 di tali collegamenti.

2. Un ulteriore passo verso il superamento degli automatismi irragionevoli.

L'aspetto della pronuncia di maggiore interesse sul piano più squisitamente processuale — per le riflessioni di ordine sistematico che sollecita — è costituito, senza dubbio, dalla ritenuta violazione dell'art. 3 Cost. Sotto questo profilo, la sentenza n. 239 del 2019 è in linea con l'orientamento della Corte costituzionale —

¹⁶ La disposizione di cui al comma 2 dell'art. 4-bis ord. pen. prevede che, ai fini della concessione dei benefici penitenziari, la magistratura di sorveglianza decide non solo sulla base delle relazioni trasmesse dagli organi operanti all'interno della struttura carceraria, ma anche delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente, del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale territorialmente competente. Grava, inoltre, sul condannato che richiede il beneficio, l'onere di specifica allegazione di elementi di prova a lui favorevoli, come precisato costantemente dalla giurisprudenza di legittimità pronunciata sul comma 1-bis dell'art. 4-bis ord. pen., che impone, nei casi di collaborazione impossibile o inesigibile, l'accertamento della insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

¹⁷ La pronuncia della Corte è riferita esclusivamente al permesso premio semplicemente perché nei giudizi *a quibus* — dove è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza n. 239 del 2019 — era in discussione la concedibilità ai detenuti di tale beneficio, non di altri.

oramai consolidato¹⁸ — che reputa irragionevole la presunzione assoluta sulla quale si fonda una disposizione normativa, tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa¹⁹.

Nel caso di specie, peraltro, la declaratoria di incostituzionalità ha colpito la previsione di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. pen. con riferimento a tutti i reati ivi elencati, compreso il delitto di appartenenza ad un'associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416-bis c.p.). Anche per gli intranei a tale sodalizio criminoso, è stata riconosciuta, quindi, l'arbitrarietà della presunzione *iuris et de iure* che collega (sempre) la scelta di non collaborare del detenuto alla mancata rescissione dei suoi legami con la criminalità organizzata.

La Corte era consapevole di censurare la generalizzazione operata dal legislatore anche con riferimento ad un reato — quello di cui all'art. 416-bis c.p. — rispetto al quale la stessa Corte costituzionale ha ritenuto, invece, ragionevole la presunzione assoluta — vigente in materia cautelare (art. 275 comma 3 c.p.p.)²⁰ — di adeguatezza della sola custodia in carcere per la tutela dei *pericula libertatis*, in quanto «l'appartenenza ad una associazione di stampo mafioso implica un'adesione stabile ad un sodalizio criminoso, di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo»²¹. Per sgombrare il campo dall'apparente incongruenza, i giudici costituzionali hanno precisato che il mantenimento della presunzione assoluta di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. si

¹⁸ *Ex multis*, cfr. Corte cost., 19 ottobre 2016, n. 286, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1059 ss.; Id., 8 luglio 2015, n. 185, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1400 ss.; Id., 16 luglio 2013, n. 232, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4330 ss.; Id., 22 febbraio 1999, n. 41, in *Giur. cost.*, 1999, p. 284 ss.; Id., 8 luglio 1982, n. 139, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1699 ss.

¹⁹ Laddove, poi, la presunzione “irragionevole” operi nel campo dell'esecuzione penale, può ipotizzarsi la violazione — in aggiunta all'art. 3 Cost. — anche dell'art. 27 comma 3 Cost., per il pregiudizio arrecato alla funzione rieducativa e risocializzante della pena (sul punto, v. anche *infra*, § 4).

²⁰ Il discorso vale anche per i delitti di associazione sovversiva e di associazione a delinquere con finalità di terrorismo, anche internazionale (artt. 270 e 270-bis c.p.), inclusi nell'elenco di cui al comma 1 dell'art. 4-bis ord. pen., ma in relazione ai quali è stata mantenuta ferma la presunzione assoluta posta dall'art. 275 comma 3 c.p.p.

²¹ Così si legge nella parte motiva di Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, cit., *supra*, nota n. 1.

giustifica non solo per le peculiari connotazioni del sodalizio mafioso, ma anche perché la valutazione cautelare viene effettuata, generalmente, in epoca prossima alla commissione del reato. Viceversa, nella fase esecutiva, ai fini delle valutazioni che è chiamata a compiere la magistratura di sorveglianza, il tempo trascorso dalla consumazione dell'illecito ha indubbiamente un'incidenza maggiore, trattandosi, spesso, di un lasso temporale considerevole, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto²², sia del contesto esterno al carcere²³. È possibile, ovviamente, che il vincolo associativo permanga inalterato anche a distanza di tempo, proprio per le peculiari caratteristiche del sodalizio mafioso, ma tale eventualità va accertata caso per caso, trasformando, a tal fine, da assoluta a relativa, la presunzione posta a fondamento dell'art. 4-bis comma 1 ord. pen.

In realtà, la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere, prevista dall'art. 275 comma 3 c.p.p., è strettamente collegata all'altra presunzione — questa, invece, *iuris tantum* — di sussistenza delle esigenze cautelari, anch'essa stabilita dall'art. 275 comma 3 c.p.p. con riferimento ai delitti di criminalità organizzata. In sostanza, la disposizione appare nel suo complesso ragionevole, poiché l'applicazione della misura di massimo rigore presuppone, comunque, la verifica della mancanza, in atti, di elementi probatori che possano escludere la sussistenza di esigenze cautelari concrete e attuali. Se la misura deve essere adottata, non essendo stata superata la presunzione relativa di ricorrenza delle esigenze cautelari, non può ritenersi arbitraria la scelta del legislatore di imporre al giudice l'applicazione della custodia in carcere, poiché l'esperienza insegna che i *pericula libertatis* configurabili nei confronti del soggetto intraneo ad un'associazione a delinquere di stampo mafioso sono prevenibili solo con la restrizione carceraria.

²² La valutazione della personalità del detenuto — anche tenendo conto della sua evoluzione durante il periodo di espiazione della pena — è imposta, peraltro, dall'art. 27 comma 3 Cost., che costituisce l'ulteriore parametro costituzionale a cui la Corte ha ancorato la declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis comma 1 ord. pen., a differenza di quanto accaduto in relazione all'art. 275 comma 3 c.p.p.

²³ Ben può verificarsi, ad esempio, che l'associazione criminale di riferimento non esista più, per naturale estinzione o perché completamente debellata dai provvedimenti dell'autorità giudiziaria e dagli interventi repressivi delle forze dell'ordine.

Sembra, quindi, tollerabile la presunzione assoluta di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., non tanto in virtù della stretta contiguità temporale che si registra, di regola, tra la commissione del fatto e l'adozione della misura restrittiva — come sostenuto dalla Corte costituzionale — quanto, piuttosto, perché l'operatività di detta presunzione richiede una valutazione preliminare sulle esigenze cautelari, sia pure nei termini nella mera verifica, in negativo, della insussistenza di elementi che possano escludere i *pericula libertatis*. A prescindere dal tempo in cui interviene la pronuncia *de libertate*, l'operatività della presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere potrebbe essere comunque neutralizzata dalla riscontrata assenza di esigenze cautelari meritevoli di tutela. Più cresce la distanza temporale dalla consumazione del reato, maggiori sono le possibilità, evidentemente, di rilevare l'inutilità della misura cautelare, ma non può escludersi che l'assenza di *pericula libertatis* — da cui deriva, giocoforza, l'inefficacia della presunzione assoluta che vincola la scelta della misura — si registri anche nell'immediatezza del fatto, per l'avvenuta disgregazione del sodalizio criminoso o perché il singolo partecipe decida, *sua sponte*, di dissociarsi dal gruppo, cambiando radicalmente vita.

In definitiva, le presunzioni previste dagli artt. 275 comma 3 c.p.p. e 4-bis ord. pen. — sebbene appartengano allo stesso *genus* — sono inserite in contesti normativi del tutto diversi e il dato finisce inevitabilmente per influenzare il sindacato sul corretto esercizio del potere legislativo, nell'uno e nell'altro caso.

Ciò non significa, tuttavia, mettere in discussione l'assunto posto a fondamento della sentenza n. 253 del 2019, secondo cui le presunzioni assolute debbono ritenersi arbitrarie — e, quindi, costituzionalmente illegittime — se non risultano suffragate da evidenze empiriche generalizzate che ne confermano la validità.

3. Il conflitto tra le Corti sui limiti alla discrezionalità del legislatore.

La trama argomentativa sviluppata nella sentenza n. 253 del 2019 induce a riflettere sulla ragionevolezza di altre presunzioni assolute, anch'esse contenute in

disposizioni che stabiliscono modalità differenziate di esecuzione della pena, applicabili ai soggetti condannati per determinati delitti.

L'indagine trae spunto da una curiosa coincidenza temporale: il 18 luglio 2019, la Corte costituzionale depositava la sentenza n. 188²⁴, con la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. pen., nella parte in cui non esclude l'operatività del regime ostativo nei confronti del condannato per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), allorquando sia stata riconosciuta, in sentenza, l'attenuante della lieve entità del fatto prevista dall'art. 311 c.p.²⁵; lo stesso giorno, sempre il 18 luglio 2019, la Prima Sezione penale della Corte di cassazione pronunciava l'ordinanza con la quale ha eccepito l'incostituzionalità dell'art. 1 comma 6, lett. b), della l. 9 gennaio

²⁴ Ci si riferisce a Corte cost., 5 giugno 2019, n. 188, in *Cass. pen.*, 2019, p. 4283 ss., con nota di E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., 5 giugno 2019, n. 188*, nonché in *Giur. cost.*, 2019, p. 2156 ss., con nota di C. FIORIO, *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4-bis ord. penit. tra populismi, realpolitik e rispetto dei valori costituzionali*; ancora, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 1734 ss., con nota di F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale "salva" lo sbarramento dell'art. 4-bis ord. pen. (e la discrezionalità del legislatore)*.

²⁵ In realtà, il richiamato art. 311 c.p. prevede espressamente l'applicabilità dell'attenuante della lieve entità del fatto — configurabile quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto appaia connotato, oggettivamente, da minore disvalore — ai delitti inclusi nel titolo I del libro II del codice penale (delitti contro la personalità dello Stato: artt. 241-313 c.p.), tra i quali figura anche il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-bis c.p.). La Corte costituzionale, con la sentenza n. 68 del 2012, ha esteso l'applicabilità di tale attenuante al delitto di cui all'art. 630 c.p., che prevede e punisce il sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Secondo i giudici costituzionali, non era sorretta da alcuna ragionevole giustificazione — con conseguente violazione dell'art. 3 Cost. — la mancata previsione, in rapporto al sequestro di persona a scopo di estorsione, di un'attenuante per i fatti di lieve entità analoga a quella applicabile alla fattispecie "gemella" del sequestro di persona a scopo terroristico o eversivo, tanto più che detta attenuante assolve la funzione di mitigare, tenuto conto dei profili oggettivi del fatto, una risposta punitiva improntata ad eccezionale asprezza e che, proprio per questo, rischia di rivelarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale. L'art. 630 c.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, pertanto, anche con riferimento all'art. 27 comma 3 Cost., non riuscendo sempre a garantire — senza la possibilità di applicare l'attenuante di cui all'art. 311 c.p. — l'irrogazione di una pena proporzionata al fatto concretamente commesso (v. Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in *Giur. cost.*, 2012, p. 892 ss., con nota di C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente « preso - troppo? - sul serio »*; in *Cass. pen.*, 2012, p. 2384, con nota di S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*; in *Giur. it.*, 2013, p. 31, con nota di F. BAILO, *Prosegue la "costituzionalizzazione" del principio di proporzionalità delle pene nella giurisprudenza della Consulta*; in *Guida dir.*, 2012, n. 20, p. 62, con nota di V. MANES, *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*).

2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito tra le fattispecie ostative di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. pen. — insieme ad altri reati contro la pubblica amministrazione — anche il delitto di peculato *ex art. 314 comma 1 c.p.*²⁶.

La connessione tra le due pronunce è evidente, poiché entrambe muovono dal rilievo che l'art. 4-bis ord. pen., per effetto delle numerose modifiche intervenute negli anni, si è trasformato in un contenitore disorganico, in cui si rinviene un elenco eterogeneo e stratificato di reati, tra i quali figurano — accanto ai delitti di criminalità organizzata — una serie di fattispecie profondamente diverse tra loro, per tipologia, natura e disvalore²⁷.

Altro aspetto comune alle due pronunce è la constatazione che la previsione di cui all'art. 4-bis ord. pen. stabilisce un regime differenziato di esecuzione della pena per determinati soggetti, che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale sono stati condannati.

Pur partendo da premesse condivise, le due Corti sono giunte, tuttavia, ad approdi opposti.

²⁶ L'inclusione — come già detto (*supra*, nota n. 10) — è avvenuta ad opera della c.d. "legge spazzacorrotti", che ha aggiunto all'elenco dei reati ostativi le fattispecie di cui agli artt. [314](#) comma 1, [317](#), [318](#), [319](#), [319-bis](#), [319-ter](#), [319-quater](#) comma 1, [320](#), [321](#), [322](#), [322-bis](#) c.p.

²⁷ Sono stati progressivamente inseriti nell'art. 4-bis ord. pen. i reati di violenza sessuale (con la legge 1 ottobre 2012, n. 172, recante la « *ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, stipulata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno* »), il reato di scambio elettorale politico-mafioso (con la legge 23 febbraio 2015, n. 19, recante il « *divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'articolo 416-ter del codice penale* »), il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (con il decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, recante « *misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione* », convertito, con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015, n. 43) e larga parte dei reati contro la pubblica amministrazione (con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante « *misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici* »). Da ultimo, nell'elenco delle fattispecie ostative è stata aggiunta anche quella prevista dall'art. 583-quinquies c.p. — introdotto dall'art. 12 della legge 19 luglio 2019, n. 69 (contenente « *modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere* ») — che punisce chiunque cagiona una lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso (per un primo commento alla novella, v. F. FIORENTIN, *Come si applicano i benefici penitenziari*, in *Guida dir.*, 2019, n. 37, p. 114 ss.).

Secondo la Corte di cassazione, l'art. 4-bis ord. pen. esprime, oggi, una vera e propria incongruenza criminologica, poiché il catalogo di reati in esso contenuto, oltre ad essere estremamente composito, appare persino aspecifico rispetto alle preclusioni e alle limitazioni imposte ai condannati da quella disposizione²⁸. In particolare, il delitto di peculato — incluso nell'elenco delle fattispecie ostative — non ha alcuna connotazione strutturale che consenta di esprimere un giudizio di elevata e generalizzata pericolosità del suo autore. Il legislatore, infatti, all'art. 314 c.p., punisce una condotta essenzialmente volta all'arricchimento personale, ottenuto attraverso lo sfruttamento di una particolare condizione di fatto — vale a dire, il possesso di beni pubblici per ragioni correlate al servizio — senza il ricorso alla violenza o alla minaccia verso terzi. Si tratta, peraltro, di un reato difficilmente riconducibile a contesti associativi o di criminalità organizzata, poiché si manifesta, nella generalità dei casi, con forme di consumazione episodiche e soggettivamente ristrette. L'inserimento del peculato nel novero dei reati di cui all'art. 4-bis ord. pen. — oltre ad apparire in contrasto con il canone di ragionevolezza (art. 3 Cost.) — priva il Tribunale di sorveglianza della possibilità di valutare, caso per caso, le caratteristiche obiettive del fatto e la personalità del reo, con la conseguente violazione dei principi di individualizzazione del trattamento sanzionatorio e del finalismo rieducativo della pena sanciti dall'art. 27 comma 3 Cost.²⁹. A ciò si aggiunga che, nei confronti dei condannati per reati ostativi, l'art. 656 comma 9 c.p.p. vieta la sospensione dell'ordine di carcerazione, prevista, invece, come obbligatoria dal comma 5 della richiamata disposizione³⁰, laddove la pena da eseguire — sempre che l'interessato non si trovi in stato di custodia cautelare in carcere al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna — non

²⁸ V. Cass., sez. I, 18 luglio 2019, n. 31853, in *Dir. e giustizia*, 19 luglio 2019, fasc. n. 134, p. 10, con nota di F.G. Capitani.

²⁹ Analoga questione di legittimità costituzionale — sempre in relazione agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. — è stata sollevata dalla Corte di appello di Caltanissetta con ordinanza dell'8 ottobre 2019 (richiamata, in motivazione, da Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 49, in www.sistemapenale.it, 13 marzo 2020, con nota di F. LAZZERI, 4-bis, "spazzacorrotti" e censure di incostituzionalità per irragionevolezza: depositata l'ordinanza di restituzione degli atti).

³⁰ Sulla ratio della previsione, v. L. KALB, *La esecuzione delle pene detentive*, in AA.VV., *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, a cura di F.P.C. IOVINO-L. KALB, Milano, 1998, p. 1 ss.

sia superiore a quattro anni di reclusione³¹. Il divieto risponde all'esigenza di attivare immediatamente un circuito esecutivo differenziato per alcune categorie di condannati, che il legislatore reputa — in ragione del titolo del reato commesso — di elevata pericolosità sociale e tendenzialmente insensibili all'opera di rieducazione o, comunque, bisognosi di una particolare verifica di affidabilità soggettiva, così da imporre il loro ingresso in carcere prima di accedere, eventualmente, a misure alternative alla detenzione o ad altri benefici penitenziari³². In definitiva, gli artt. 4-*bis* ord. pen. e 656 comma 9 c.p.p. delineano un percorso diversificato — e deteriore — di esecuzione della pena, sulla base di una presunzione di pericolosità del condannato — che la Corte di cassazione ha ritenuto irragionevole con specifico riferimento al peculato³³ — ancorata esclusivamente al titolo del reato commesso³⁴.

³¹ Il limite di pena per l'operatività della sospensione è stato innalzato a quattro anni di reclusione — rispetto alla soglia dei tre anni di reclusione originariamente prevista — da Corte cost., 6 febbraio 2018, n. 41, in *Giur. cost.*, 2018, p. 500 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 5 c.p.p., in riferimento all'art. 3 Cost., ritenendo irragionevole il mancato coordinamento di tale disposizione con l'art. 47 comma 3-*bis* ord. pen., nella parte in cui individua il limite massimo di pena per accedere all'affidamento in prova al servizio sociale. Per l'approfondimento della pronuncia, si rinvia a F. TRAPPELLA, *Automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1924 ss.; D. VICOLI, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistematici: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 500 ss.

³² Sempre che, ovviamente, la condanna non sia contenuta nei limiti di cui all'art. 163 c.p. e il condannato abbia beneficiato della sospensione condizionale della pena.

³³ La Corte di appello di Palermo, con ordinanza del 29 maggio 2019, ha sollevato la stessa questione di legittimità costituzionale, ma con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 319-*quater* comma 1 c.p. — che punisce la condotta di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità tenuta dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio — inserita nell'art. 4-*bis* ord. pen. dalla legge n. 3 del 2019, con la conseguente operatività del divieto di sospensione dell'esecuzione *ex* art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., mentre il privato cittadino "indotto" è punito, per la promessa o la elargizione di denaro o altra utilità, ai sensi del comma 2 dell'art. 319-*quater* c.p., fattispecie, quest'ultima, non inclusa, invece, nel catalogo dei reati ostativi. In via subordinata, la Corte di appello di Palermo chiedeva la declaratoria di incostituzionalità del medesimo combinato disposto normativo — in riferimento agli artt. 3, 25 comma 2 e 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU — perché la mancata previsione di un regime transitorio rendeva applicabile la disciplina degli artt. 4-*bis* ord. pen. e 656 comma 9 c.p.p. — secondo l'interpretazione prevalente in giurisprudenza — anche ai condannati per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

³⁴ Sulle questioni sollevate dalla Corte di cassazione, dalla Corte di appello di Palermo (v. *supra*, nota n. 33) e dalla Corte di appello di Caltanissetta (v. *supra*, nota n. 29) si è pronunciata la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 49 del 2020 (Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 49, cit.), che ha disposto la restituzione degli atti ai rimettenti per un nuovo esame della rilevanza e della non

Sul tema, come già detto, è intervenuta contestualmente anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 188 del 2019, che ha dichiarato l'infondatezza della questione relativa alla mancata esclusione dal catalogo dei reati ostativi della fattispecie del sequestro di persona a scopo di estorsione, allorquando sia stata applicata l'attenuante del fatto di lieve entità (artt. 630 e 311 c.p.)³⁵. Secondo il giudice rimettente³⁶, la presunzione di elevata pericolosità del condannato – sottesa alla previsione di cui all'art. 4-bis ord. pen. – non trova una ragionevole giustificazione, sul piano empirico, se il delitto si manifesta in forma attenuata, vale a dire senza collegamenti con organizzazioni criminali, con una condotta estemporanea ed una limitata lesione della libertà e del patrimonio della vittima del sequestro. La Corte costituzionale non ha, però, condiviso tale impostazione, evidenziando, in primo luogo, che il riconoscimento dell'attenuante della lieve entità del fatto non necessariamente esclude l'adesione o la partecipazione dell'autore del reato a stabili e strutturate organizzazioni criminali³⁷. D'altra parte,

manifesta infondatezza delle questioni proposte, alla luce del mutato contesto normativo, determinato dalla sentenza n. 32 del 2020 (Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, in *Guida dir.*, 2020, fasc. n. 13, p. 105 ss., nonché in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 23 marzo 2020, con nota di V. MANES-F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, comma 2, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 6, lett. b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3, in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis comma 1 ord. pen. si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della suddetta legge n. 3/2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione, della liberazione condizionale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656 comma 9 c.p.p. La pronuncia interlocutoria adottata dalla Corte costituzionale si spiega perché le tre ordinanze di remissione erano state emesse nell'ambito di incidenti di esecuzione promossi da condannati per delitti di peculato e di induzione indebita commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

³⁵ V. Corte cost., 18 luglio 2019, n. 188, cit., p. 2147. La stessa questione, a distanza di pochi mesi, è stata nuovamente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, che ha ribadito il già espresso giudizio di infondatezza della stessa (Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 52, in www.giurisprudenzapenale.com, 13 marzo 2020).

³⁶ A promuovere il giudizio di legittimità costituzionale è stata, anche in questo caso, la Prima Sezione penale della Corte di cassazione: v. Cass., sez. I, 21 settembre 2018, n. 51877, in *Dir. e giustizia*, 19 novembre 2018, fasc. n. 203, p. 12, con nota di D. LA MUSCATELLA.

³⁷ La Corte ha aggiunto, inoltre, che l'ordinanza di remissione non forniva alcuna informazione specifica sulle concrete modalità esecutive del fatto giudicato nel processo *a quo*, né sulle ragioni della concessione al condannato dell'attenuante della lieve entità. Tale carenza argomentativa non è stata ritenuta, tuttavia, motivo di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, che si fondava sulla denuncia della irragionevole inclusione tra i reati ostativi della fattispecie astratta del sequestro di persona a scopo di estorsione attenuata *ex art.* 311 c.p.

nell'elenco di cui all'art. 4-bis ord. pen. — si legge, ancora, in motivazione — figura *ab origine* anche il reato previsto dall'art. 289-bis c.p., richiamato, quale *tertium comparationis*, nella sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2012, che ha esteso al sequestro a scopo di estorsione l'attenuante del fatto di lieve entità contemplata dall'art. 311 c.p. In altri termini, se l'espressa e contestuale previsione di tale attenuante in relazione al sequestro a scopo di terrorismo o eversione non ha impedito l'inserimento del reato nell'art. 4-bis ord. pen., non si comprende perché — osserva la Corte — il suddetto inserimento debba ritenersi irragionevole, invece, con riferimento all'omologa fattispecie di cui all'art. 630 c.p. In definitiva, il riconoscimento della lieve entità del fatto consente di adeguare la pena al caso concreto, ma non può incidere sulla valutazione discrezionale del legislatore in ordine alla gravità del titolo di reato, all'allarme sociale suscitato dalla sua commissione e all'oggettiva pericolosità di chi si è reso responsabile di quella tipologia di illecito³⁸. Del resto, le uniche attenuanti richiamate dall'art. 4-bis comma 1 ord. pen. sono quelle previste dagli artt. 62, n. 6), 114 e 116 comma 2 c.p., che rilevano, tuttavia, non per escludere il carattere ostativo di alcune delle fattispecie ivi elencate, ma al solo fine di consentire l'accesso del condannato ai benefici penitenziari — qualunque sia il reato commesso tra quelli indicati al comma 1 — allorquando la collaborazione prestata si dimostri « oggettivamente irrilevante » (art. 4-bis comma 1-bis ord. pen.)³⁹.

³⁸ A sostegno del proprio assunto, la Corte costituzionale — oltre a richiamare sue precedenti decisioni (v. Corte cost. 19 febbraio 2019, n. 88, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1019 ss.; Id., 7 giugno 2017, n. 179, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1666 ss.) — ha evocato gli arresti della giurisprudenza di legittimità in cui si è affermato che l'esclusione dai benefici penitenziari prevista dall'art. 4-bis ord. pen. opera in relazione all'astratto titolo del reato giudicato, a nulla rilevando che, concretamente, la sentenza di condanna riconosca un'ipotesi attenuata, incidente solo sul trattamento sanzionatorio (in tal senso, Cass., sez. VII, 17 febbraio 2017, n. 39918, in *C.E.D. Cass.*, n. 270977; Id., sez. I, 27 maggio 2010, n. 27557, *ivi*, n. 247723).

³⁹ La valutazione di ininfluenza dell'attenuante del fatto di lieve entità — espressa in sentenza dalla Corte — non sembra esente da rilievi critici: come insegna la dottrina penalistica, le circostanze alterano le coordinate della risposta sanzionatoria e, di riflesso, modificano la gravità del reato rispetto all'immagine che di essa offre l'incriminazione del reato-base. Sul tema, tra gli altri, v. F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.

4. *L'esigenza di razionalizzare il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi.*

Gli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale a sostegno della tesi della insindacabilità delle scelte del legislatore sulla individuazione dei reati ostativi non sembrano esenti da rilievi critici.

Non convince, in particolare, il passaggio motivazionale in cui la Corte, pur riconoscendo che l'art. 4-bis ord. pen. sia divenuto, nel tempo, un contenitore obiettivamente disomogeneo, sostiene che si tratti, comunque, di una disposizione speciale, ispirata da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario, in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti⁴⁰. In sostanza, secondo la Corte, il legislatore è libero di considerare particolarmente allarmanti — alla luce delle emergenze del momento storico — determinate tipologie di reati ed estendere ad esse il regime differenziato di esecuzione della pena, in forza di un potere discrezionale non censurabile sul piano costituzionale.

Se cambia, tuttavia, l'impostazione, non si può che pervenire a conclusioni affatto diverse.

È un dato di fatto indiscutibile — rimarcato, non a caso, anche dalla Corte costituzionale — che la previsione di cui all'art. 4-bis ord. pen. non sia più connotata, oggi, da quella stretta — sia pure non esclusiva — connessione con i reati di criminalità organizzata che caratterizzava la sua formulazione originaria⁴¹. All'epoca della sua introduzione nell'ordinamento giuridico, la disposizione

⁴⁰ Osserva, efficacemente, C. FIORIO, *Il declino dell'ostatività penitenziaria: l'art. 4-bis ord. penit. tra populismi, realpolitik e rispetto dei valori costituzionali*, cit., p. 2156 ss., che la Consulta, ribaltando il suo precedente orientamento, ha operato una rilettura "funzionale" dell'art. 4-bis ord. pen., « disancorandolo dalla sua originaria funzione di strumento principe di contrasto al crimine organizzato ».

⁴¹ Si allude alla disposizione introdotta dall'art. 1 comma 1 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni nella l. 12 luglio 1991, n. 203, che limitava l'applicazione del regime ostativo ai detenuti e internati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni di stampo mafioso, nonché per i delitti di cui agli artt. 416-bis e 630 c.p., 291-quater d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (testo unico in materia doganale) e 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (testo unico in materia di stupefacenti).

delineava la figura del “condannato pericoloso” come soggetto stabilmente inserito in sodalizi criminali — di stampo mafioso, dediti al contrabbando di tabacchi o al traffico di sostanze stupefacenti — oppure come soggetto responsabile di reati solitamente commessi in forma organizzata, tra i quali il sequestro di persona a scopo di estorsione, o comunque espressivi di una contiguità con ambienti mafiosi, perché aggravati dal metodo tipico di quelle associazioni⁴² o dal fine di agevolare il programma criminale⁴³. È evidente che l'impronta iniziale data alla norma non avrebbe potuto impedire al legislatore di diversificare, in seguito, le proprie scelte di politica criminale, ampliando il catalogo dei delitti ostativi — così come ha fatto, progressivamente, nel corso dell'ultimo ventennio — anche con l'inserimento nell'art. 4-bis ord. pen. di fattispecie non necessariamente riconducibili al crimine organizzato. Altrettanto evidente è, però, che l'espansione dell'area dell'ostatività penitenziaria dovesse avvenire pur sempre nel rispetto del canone di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost., a condizione, cioè, di preservare l'intrinseca coerenza del testo normativo e la sua rispondenza alla realtà fattuale⁴⁴.

⁴² Occorre, tuttavia, ricordare che tale aggravante — secondo l'orientamento oramai consolidato della giurisprudenza di legittimità — non presuppone necessariamente la sussistenza di un'associazione a delinquere ex art. 416-bis c.p., né che il soggetto agente ne faccia parte, essendo sufficiente il ricorso a modalità della condotta — peraltro con riferimento a qualunque reato, anche estraneo a contesti di criminalità organizzata — che evocano la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso, capace, cioè, di piegare la vittima al volere dell'aggressore, senza alcuna velleità di difesa, per il timore di più gravi conseguenze (in tal senso, *ex multis*, Cass., sez. V, 24 ottobre 2018, n. 15041, in *Guida dir.*, 2019, fasc. n. 19, p. 82).

⁴³ Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, il divieto di concessione dei benefici penitenziari opera anche quando le richiamate aggravanti — originariamente previste dall'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203, ed oggi confluite, per effetto della legge attuativa della c.d. “riserva di codice” nell'art. 416-bis.1 c.p. — non siano state formalmente contestate all'imputato nel processo di cognizione, ma il tribunale di sorveglianza ne abbia, comunque, verificato la sussistenza attraverso l'esame della sentenza di condanna, dovendosi tener conto della qualificazione sostanziale dei delitti giudicati. L'assunto è espressione di quell'indirizzo interpretativo che riconosce agli organi giudiziari della fase esecutiva — vale a dire magistratura di sorveglianza e giudice dell'esecuzione — il potere-dovere di esaminare la sentenza irrevocabile di condanna, ricavandone tutti gli elementi, anche non chiaramente espressi, che siano necessari per l'esercizio delle attribuzioni funzionali loro conferite (cfr., da ultimo, Cass., sez. I, 10 luglio 2018, n. 473, in *C.E.D. Cass.*, n. 276156).

⁴⁴ Per l'approfondimento del tema, tra gli altri, v. **M. CARTABIA**, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013, p. 12 ss.; **A. MACCHIA**, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 19 ss.; **V. MANES**, *Principi costituzionali in materia penale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2014, p. 78 ss.; **F. PALAZZO**, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*,

Occorre ricordare, infatti, che l'inclusione di un nuovo reato nel catalogo di cui all'art. 4-bis ord. pen. equivale alla introduzione di una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità qualificata del suo autore, costituzionalmente ammissibile solo se sostenuta da una congrua giustificazione sul piano logico ed empirico. Lo stesso assunto vale per la disposizione di cui all'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p.: il divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione è collegato, inevitabilmente, ad una presunzione assoluta di pericolosità dell'autore dei reati ivi elencati⁴⁵.

In definitiva, il modello differenziato di esecuzione della pena delineato dagli artt. 4-bis ord. pen. e 656 comma 9, lett. a), c.p.p. si regge su presunzioni di pericolosità del reo, ancorate, innanzitutto, al titolo del reato per il quale è stata pronunciata la sentenza di condanna da espiare.

Va segnalata, peraltro, la non perfetta coincidenza tra l'area di operatività del divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione e quella delle limitazioni ai benefici penitenziari, posto che l'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., oltre a richiamare l'art. 4-bis ord. pen., elenca una serie di specifici delitti, non inclusi, ovviamente, tra quelli ostativi⁴⁶. I condannati per tali delitti non usufruiscono, quindi, della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena non superiore a quattro anni di

in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di G. Giostra-G. Insolera, Milano, 1998, p. 72 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 50 ss.

⁴⁵ È una presunzione che non lascia margini di concreto apprezzamento al giudice in ordine alla verifica del grado di pericolo all'incolumità pubblica rappresentato da chi deve subire la punizione, poiché l'operatività del divieto dipende esclusivamente dal *nomen iuris* del reato per il quale è intervenuta la condanna.

⁴⁶ Si tratta dei delitti di cui agli articoli 423-bis, 572 comma 2, 612-bis comma 3 e 624-bis c.p., nonché i delitti aggravati ex art. 61 comma 1, n. 1-bis), c.p., per essere stati commessi da persona illegalmente presente sul territorio dello Stato. Successivamente, la Corte costituzionale ha censurato il carattere discriminatorio della richiamata aggravante (v. Corte cost., 8 luglio del 2010, n. 249, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3985 ss., con nota di D. VICOLI, *Con la circostanza aggravante della clandestinità, cade anche il divieto di sospendere l'ordine di esecuzione*) e il legislatore ha provveduto ad espungerla dall'ordinamento (d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 94). La Corte costituzionale è, poi, nuovamente intervenuta sulla previsione di cui all'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., censurando il rinvio da essa operato all'art. 624-bis c.p., ma limitatamente alla fattispecie del furto con strappo (comma 2), non anche a quella del furto in abitazione (comma 1). V. Corte cost., 1 giugno 2016, n. 125, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1009 ss., con nota di L. CARACENI, *Ancora una bocciatura per l'art. 656 comma 9 c.p.p.: ripristinata, seppur in parte, la ragionevolezza del meccanismo di sospensione delle pene detentive brevi*.

reclusione⁴⁷, ma possono accedere alle misure alternative alla detenzione — pur dovendone fare richiesta dal carcere — secondo il regime ordinario, senza patire, cioè, le preclusioni imposte dall'art. 4-*bis* ord. pen. Pur se in forma attenuata, si tratta, comunque, di un regime deteriore riservato ad alcuni condannati, sempre in ragione della presunzione di pericolosità connessa al titolo del reato oggetto di condanna. In altri termini, le fattispecie richiamate nell'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., pur non meritando di essere classificate come ostative alla concessione dei benefici penitenziari, producono ugualmente effetti pregiudizievoli per il condannato, condizionando, in negativo, le modalità di accesso alle misure alternative.

Scorrendo il catalogo delle eccezioni alla disciplina della sospensione delle pene detentive brevi, si avverte subito la difficoltà di individuare la logica che ha orientato le scelte del legislatore. Sembra, infatti, che la selezione dei reati ostativi alla sospensione sia avvenuta in maniera del tutto estemporanea, sulla base del ciclico riacutizzarsi di alcuni fenomeni criminali, soprattutto per effetto del clamore mediatico che li accompagna, da cui il legislatore ha tratto lo spunto per intervenire sui benefici applicabili in fase esecutiva, nella convinzione — francamente illusoria — che l'incremento degli ingressi in carcere possa rafforzare il senso di sicurezza, alimentando la fiducia nel sistema della repressione penale. In realtà, se si prescinde dalle contingenti esigenze di politica criminale, inidonee — evidentemente — a garantire la conformità all'art. 3 Cost., si fatica a rinvenire una *ratio* comune, in grado di giustificare l'equazione tra "titolo di reato" e "pericolosità del condannato" rispetto a fattispecie che, per la varietà di forme e di contesti in cui possono manifestarsi, non sempre sono sintomatiche di una spiccata tendenza criminogena del soggetto agente⁴⁸. La considerazione è riferita, in particolare, al

⁴⁷ Il divieto della sospensione, tuttavia, non opera se, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, il condannato tossicodipendente si trovi agli arresti domiciliari disposti per esigenze terapeutiche, ai sensi dell'art. 89 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, e l'interruzione del programma in corso possa pregiudicarne il recupero.

⁴⁸ D'altra parte, come già detto (*supra*, nota n. 46), la Corte costituzionale ha rilevato l'irragionevolezza dell'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., dichiarandone l'illegittimità nella parte in cui prevedeva — per effetto della modifica introdotta dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 125 — il divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione

con riferimento al delitto di furto con strappo (art. 624-bis comma 2 c.p.), anch'esso non compreso nella lista dei reati elencati nell'art. 4-bis ord. pen. La novella che ha esteso il divieto di sospensione al furto con strappo era ispirata da finalità dichiaratamente repressive, prefiggendosi di potenziare il tasso di certezza della pena attraverso la limitazione dell'accesso diretto alle misure alternative alla detenzione, sulla base dell'assunto che l'ingresso in carcere del condannato, possa meglio soddisfare l'aspettativa di una severa risposta sanzionatoria nutrita dall'opinione pubblica (sul punto, cfr. A.E. RICCI, *Ancora una modifica dell'art. 656 c.p.p. nell'ottica del pendolarismo*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. LORUSSO, Padova, 2008, p. 168). La declaratoria di incostituzionalità è fondata sul rilievo che il divieto di sospensione dell'esecuzione era previsto per il furto con strappo e non anche per la rapina semplice, con la irragionevole conseguenza che poteva accedere al beneficio l'autore di una condotta violenta nei confronti della persona, mentre non ne usufruiva chi si era limitato ad un'azione — indubbiamente meno grave — volta all'impossessamento del bene con violenza sulla cosa (v. Corte cost., 1 giugno 2016, n. 125, cit., p. 1009 ss.). Di recente, la Corte costituzionale è ritornata sul tema, per pronunciarsi sulla questione relativa alla persistente operatività — dopo la sentenza n. 125 del 2016 — del divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione, previsto dal primo comma dell'art. 624-bis c.p. Secondo la Corte, non può essere tacciata di manifesta irragionevolezza la scelta di differenziare il trattamento riservato ai condannati per furto in abitazione rispetto a chi si sia reso responsabile del furto con strappo o di altre ipotesi aggravate o pluriaggravate dello stesso delitto. Il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione trova, infatti, la sua *ratio* nella discrezionale — e non arbitraria — presunzione di pericolosità di chi commette il furto entrando nell'abitazione altrui o in altro luogo di privata dimora. Né può ravvisarsi — sempre secondo la Corte — una violazione dell'art. 27 comma 3 Cost., in quanto il divieto di sospensione della pena non esclude la valutazione individualizzata della personalità del condannato, che resta demandata al tribunale di sorveglianza in sede di esame dell'istanza di concessione dei benefici avanzata dal reo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna (Corte cost., 20 giugno 2019, n. 216, in *Cass. pen.*, 2020, p. 162 ss., con nota di E. APRILE, *Osservazioni a C. cost.*, 20 giugno 2019, n. 216). In sostanza, la Corte costituzionale — come già accaduto in occasione della sentenza n. 125 del 2016 — fonda il giudizio di ragionevolezza della norma impugnata sul mero raffronto, in astratto, tra fattispecie affini, stabilendo un ordine di gravità crescente tra furto con strappo, rapina semplice e furto in appartamento: da qui, la conclusione dell'illegittimità costituzionale del divieto di sospensione dell'esecuzione per il furto con strappo, non essendo previsto lo stesso regime per la rapina semplice (sentenza n. 125 del 2016), mentre il diniego del beneficio deve ritenersi ragionevole con riferimento al furto in abitazione, che è delitto da considerare sempre più grave di qualunque altra ipotesi di furto, anche pluriaggravata (sentenza n. 216 del 2019), ma non così allarmante — paradossalmente — da meritare l'inclusione nella lista dei reati ostativi previsti dall'art. 4-bis ord. pen. Non sembra, tuttavia, ineccepibile il ragionamento articolato in sentenza dalla Corte costituzionale, ove si consideri che la presunzione *iuris et de iure* di maggiore gravità del furto in abitazione cozza contro la possibilità di formulare agevolmente ipotesi concrete che smentiscono la generalizzazione posta a base della presunzione stessa, dovendosi ritenere sicuramente più allarmante un furto commesso con destrezza, che abbia cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale di ingente entità, rispetto al furto di beni di scarso valore, compiuto in un immobile destinato ad uso residenziale, ma disabitato (sulla punibilità di tale fattispecie ai sensi dell'art. 624-bis c.p., *Cass.*, sez. IV, 18 dicembre 2018, n. 1782, M.E., in *Cass. pen.*, 2019, p. 3671).

furto in abitazione, ai maltrattamenti e agli atti persecutori⁴⁹, ma ancora più illogica e incomprensibile appare l'inclusione, nella lista dei delitti ostativi alla sospensione, della fattispecie di cui all'art. 423-bis c.p., che punisce l'incendio boschivo, anche in forma colposa⁵⁰.

Al di là delle incongruenze interne alla disposizione, suscita forti perplessità anche la scelta di fondo del legislatore di spezzare il nesso tra gli artt. 656 c.p.p. e 4-bis ord. pen., stabilendo il divieto di sospendere l'esecuzione delle pene detentive brevi per reati che non sono considerati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari. Anche sotto questo profilo, va posta in dubbio la legittimità costituzionale della norma, che non sembra supportata da una ragionevole giustificazione. Il divieto di sospensione della pena detentiva risponde all'esigenza di collocare in carcere condannati pericolosi — e, quindi, ritenuti poco affidabili — per i quali l'eventuale concessione di misure alternative è subordinata ad una più rigorosa verifica sia del percorso rieducativo intrapreso nella fase esecutiva — eventualmente anche attraverso un periodo di osservazione scientifica della personalità del detenuto (art. 4-bis comma 1-*quater* ord. pen.) — sia dell'avvenuta rescissione dei collegamenti con ambienti criminali. Viceversa, se il condannato accede in via ordinaria alle misure alternative — perché il reato commesso non rientra tra quelli elencati nell'art. 4-bis ord. pen. — il suo immediato ingresso in carcere, senza beneficiare della sospensione, non può che essere motivato da ragioni meramente punitive⁵¹, che è difficile conciliare, però, con il carattere "non ostativo" del delitto per il quale è stata pronunciata la sentenza di condanna da espiare. L'incongruenza è evidente e sembra porre la disposizione al di fuori del

⁴⁹ Per i maltrattamenti e gli atti persecutori, come espressamente stabilito dall'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., il divieto di sospensione dell'esecuzione opera solo se tali reati risultano commessi in danno di minori, donne in stato di gravidanza o persone inferme, vale a dire nelle forme aggravate previste dal comma 2 dell'art. 572 c.p. e dal comma 3 dell'art. 612-bis c.p.

⁵⁰ L'art. 423-bis c.p. viene richiamato senza alcuna precisazione dall'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., sicché deve ritenersi ostativo alla sospensione della pena detentiva anche l'incendio di boschi, selve, foreste o vivai cagionato per colpa, fattispecie prevista dal comma 2 del suddetto art. 423-bis c.p. e punita con la reclusione da uno a cinque anni.

⁵¹ Sulle finalità di politica criminale sottese alla legislazione penale dell'emergenza, v., in particolare, C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. 158 ss.

perimetro di legittimità costituzionale segnato dai principi della ragionevolezza e del finalismo rieducativo della pena (artt. 3 e 27 comma 3 Cost.), poiché l'esclusione del beneficio della sospensione dell'ordine di carcerazione — scollegata dal regime penitenziario differenziato di cui all'art. 4-bis ord. pen. — mina, per un verso, la coerenza del sistema esecutivo delle pene detentive e preclude, per altro verso, l'operatività di un meccanismo di favore introdotto dal legislatore per agevolare il percorso di recupero e di risocializzazione del reo⁵², consentendogli di evitare l'ingresso in carcere — spesso inutile o addirittura criminogeno — fino alla pronuncia del tribunale di sorveglianza sull'istanza di concessione di misure alternative⁵³.

5. Conclusioni.

Occorre, ora, tirare le fila del discorso. Su un dato — almeno in linea teorica — tutti concordano: le presunzioni *iuris et de iure* — specie quando sono utilizzate dal legislatore per comprimere diritti fondamentali — vanno considerate arbitrarie, e quindi in contrasto con l'art. 3 Cost., tutte le volte in cui si fondano su generalizzazioni astratte, riconducibili all'*id quod plerumque accidit*, che vengono, però, smentite, in maniera significativa, da accadimenti reali di segno contrario. È

⁵² Sul punto, cfr. F. DELLA CASA, *Commento all'art. 656 c.p.p.*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 1083 ss.

⁵³ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 90 del 2017, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p. — ritenuto in contrasto con gli artt. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost. — nella parte in cui non consentiva la sospensione dell'ordine di carcerazione nei confronti dei minorenni condannati per uno dei reati ivi elencati. In motivazione, la Corte ha valorizzato proprio la funzione del beneficio della sospensione *ex art. 656 c.p.p.*, che è istituito volto ad impedire l'immediato ingresso in carcere del condannato, per concedergli la possibilità di avanzare, da libero, la richiesta di una misura alternativa alla detenzione. Tale funzione assume particolare rilievo nell'ambito del procedimento minorile, che richiede in ogni sua fase, compresa quella esecutiva, valutazioni fondate su prognosi individualizzate, imposte dalla personalità in evoluzione del minore e dalla preminenza della funzione rieducativa. Il rigido automatismo preclusivo previsto dall'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p. impediva una verifica — casistica e concreta — dell'effettiva pericolosità del reo, che va garantita, per i minori, anche quando la condanna ha ad oggetto uno dei delitti inclusi nell'art. 4-bis ord. pen. In definitiva, con la sentenza n. 90 del 2017, la Corte costituzionale ha imposto l'applicazione generalizzata del beneficio della sospensione delle pene detentive brevi, anche per i reati ostativi, in ragione della particolare tutela accordata ai condannati minorenni (v. Corte cost., 28 aprile 2017, n. 90, in *Giur. cost.*, 2017, p. 907 ss., con nota di M.G. COPPETTA, *Cade per mano della Corte costituzionale un altro automatismo esecutivo nei confronti di condannati minorenni*).

comunemente condivisa anche l'idea che le presunzioni assolute collidono con il principio del finalismo rieducativo della pena — sancito dall'art. 27 comma 3 Cost.⁵⁴ — allorquando determinano l'esclusione automatica di taluni condannati dalla fruizione di meccanismi esecutivi di favore, in ragione del tipo di reato commesso e del perseguimento di obiettivi di difesa sociale, non consentendo, così, un intervento punitivo individualizzato, flessibile e proporzionato, che deve essere calibrato in base al grado di effettiva pericolosità del reo⁵⁵.

Se tali asserzioni — al di là della loro larga condivisione sul piano concettuale — orientassero rigorosamente il vaglio di legittimità costituzionale delle scelte legislative, difficilmente ne uscirebbe indenne l'attuale assetto degli artt. 656 comma 9, lett. a), c.p.p. e 4-bis ord. pen., che si caratterizza — come riconosciuto anche dalla Consulta⁵⁶ — per la progressiva stratificazione di un miscuglio di reati eterogenei, accomunati solo da una valutazione di particolare allarme sociale della condotta criminosa e, di riflesso, di presunta pericolosità del suo autore.

Eppure, la stessa Corte costituzionale, con le sentenze n. 188 e 216 del 2019⁵⁷, ha chiaramente manifestato la propria riluttanza ad intervenire su quel terreno,

⁵⁴ Tra gli studi più recenti e qualificati sul tema, v. E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 3 ss.

⁵⁵ La logica presuntiva delle preclusioni normative stride con i principi costituzionali anche quando la regola di trattamento la cui applicazione risulta preclusa risponde ad esigenze riferibili non solo al condannato da risocializzare, ma anche — e *prioritariamente* — a persone diverse, a maggior ragione se particolarmente meritevoli di attenzione, come, ad esempio, i minori: un interesse ulteriore, quindi, rispetto a quello della rieducazione del condannato, ma comunque di alto rango costituzionale. In tal senso, cfr. P. BRONZO, *Nessun automatismo nella detenzione domiciliare per la cura dei figli minori*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 1729; A. PULVIRENTI, *La detenzione domiciliare speciale non tollera, nel preminente interesse educativo del figlio minore, le preclusioni automatiche derivanti dalla revoca di una precedente misura alternativa*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 2514 ss.

⁵⁶ In particolare, nelle sentenze n. 239 del 2014, n. 32 del 2016, n. 188 e n. 253 del 2019. Sul punto, cfr. F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale "salva" lo sbarramento dell'art. 4-bis ord. pen. (e la discrezionalità del legislatore)*, cit., p. 1736.

⁵⁷ Tali sentenze — con le quali sono state dichiarate non fondate le questioni relative all'inserimento, nell'art. 4-bis ord. pen., del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione attenuato dalla circostanza della lieve entità e, nell'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p., della fattispecie del furto in abitazione (v. *supra*, note n. 24, 35, 46 e 48) — sono arrivate, peraltro, dopo un periodo in cui la Corte costituzionale aveva meritoriamente intrapreso un processo di progressiva eliminazione di altri automatismi preclusivi che connotano la legge di ordinamento penitenziario: si allude alla sentenza n. 76 del 2017 (che ha soppresso, per il genitore di prole di

sostenendo che la composizione del catalogo delle fattispecie ostative alla concessione di benefici penitenziari è ambito riservato, in via esclusiva, alla discrezionalità del legislatore, sulla quale non vi è spazio per un sindacato di legittimità a norma degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost.⁵⁸. Secondo la Corte, la mutata fisionomia del quadro normativo — che riconnette, oramai, il più severo procedimento di esecuzione della pena non ai collegamenti del reo con il crimine organizzato, bensì all'allarme sociale suscitato dal mero titolo di reato — non consente di apprezzare e verificare, in concreto, l'effettiva validità della generalizzazione sottesa alla *praesumptio iuris et de iure*⁵⁹.

età inferiore a dieci anni, condannato per un reato di cui all'art. 4-bis ord. pen., l'obbligatorietà dell'espiazione in carcere della quota di pena necessaria ai fini dell'ammissione alla detenzione domiciliare speciale), alla sentenza n. 149 del 2018 (che ha censurato la previsione secondo cui il condannato all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona, con morte della vittima, non è ammesso ai benefici penitenziari, se non abbia effettivamente espiaito almeno ventisei anni di pena), alla sentenza n. 174 del 2018 (che ha eliminato le preclusioni relative al beneficio dell'assistenza all'esterno della struttura carceraria dei figli minori) e alla sentenza n. 187 del 2019 (che ha dichiarato illegittima la preclusione triennale ad accedere alla detenzione domiciliare ordinaria, ex art. 47-ter comma 1, lett. a e b, ord. pen., e speciale, ex art. 47-quinquies ord. pen., per coloro nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 58-quater comma 2 ord. pen.).

⁵⁸ Le resistenze della Corte si spiegano, probabilmente, anche perché l'accoglimento delle questioni sollevate avrebbe comportato, giocoforza, l'eliminazione *in toto* del regime differenziato stabilito dal legislatore, non potendosi "declassare" la presunzione da assoluta a relativa, come accaduto, invece, per l'art. 275 comma 3 c.p.p. (v. *supra*, § 1) o per l'art. 76 comma 4-bis d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (v. Corte Cost., 14 aprile 2010, n. 139, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1643 ss., con la quale è stata dichiarata illegittima la richiamata disposizione, nella parte in cui stabiliva che, per i soggetti condannati in via definitiva per uno dei delitti ivi indicati, il reddito si dovesse presumere superiore ai limiti previsti per l'ammissione al patrocino a spese dello Stato, senza possibilità di fornire la prova contraria). Non a caso, quando è potuta intervenire sulla natura della presunzione, trasformandola da assoluta in relativa, come nel caso dell'art. 275 comma 3 c.p.p., la Corte costituzionale si è spinta ad affermare che la previsione di adeguatezza della sola custodia carceraria trova una ragionevole giustificazione solo in presenza di delitti di criminalità organizzata, che rivelano l'adesione permanente ad un sodalizio fortemente radicato sul territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice. In quelle pronunce, la Corte ha più volte rimarcato la necessità di distinguere il fatto commesso "professionalmente" e con modalità efferate da organizzazioni criminali — rigidamente strutturate e supportate da ingenti dotazioni di uomini e mezzi — da quello realizzato occasionalmente da singoli o da gruppi di individui, per confutare, in tale ultima ipotesi, la plausibilità costituzionale della presunzione *iuris et de iure*.

⁵⁹ Seguendo tale indirizzo, sarebbero state certamente destinate al rigetto anche le questioni relative all'avvenuto inserimento, nell'art. 4-bis ord. pen., dei delitti di peculato (art. 314 c.p.) e di induzione indebita (art. 319-quater c.p.), ma la Corte costituzionale — preso atto di quanto statuito con la sentenza n. 32 del 2020, che ha sancito il divieto di applicazione retroattiva delle

Ciò significa, tuttavia, rinunciare, di fatto, al controllo di legittimità costituzionale sulle scelte di politica criminale compiute dal legislatore, che è libero di considerare socialmente allarmanti determinate condotte — come l'incendio boschivo, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, il peculato o il furto in abitazione — e collegare ad esse, in via assoluta, la pericolosità del reo, senza possibilità di sottoporre tale presunzione al vaglio di ragionevolezza, in relazione all'*id quod plerumque accidit*, e di adeguatezza, rispetto all'esigenza di favorire l'attuazione della finalità rieducativa della pena.

Tale prospettiva non può essere condivisa.

L'accertamento della pericolosità sociale richiede, di regola, valutazioni complesse, che investono non solo l'oggettiva gravità del fatto commesso, ma si estendono alla personalità dell'autore del reato, alla sua condotta di vita, nonché alle sue condizioni familiari e sociali⁶⁰. Dall'accertamento compiuto in concreto, caso per caso, quando si impone applicare, ad esempio, una misura di prevenzione o di sicurezza⁶¹, occorre, tuttavia, distinguere la presunzione astratta di pericolosità, che il legislatore eleva a regola *iuris* — trasformandola, così, in presunzione legale (assoluta o relativa)⁶² — per esentare dall'onere della prova la parte che ne è gravata e per liberare il giudice dall'adempimento, in tutto o in parte, dell'obbligo di motivazione. È evidente che la presunzione legale di pericolosità non può essere stabilita in maniera arbitraria, ma va comunque ancorata ai dati che orientano il suo accertamento in concreto, tra i quali sicuramente rientra — oltre alla recidiva e al *modus vivendi* del reo — anche la

modifiche all'ordinamento penitenziario introdotte con la legge n. 3 del 2019 — ha preferito restituire gli atti ai rimettenti per verificare la persistente rilevanza dei dubbi di incostituzionalità sollevati (v. ordinanza n. 49 del 2020, richiamata *supra*, note n. 29 e n. 34).

⁶⁰ Per i profili generali del tema, v. A. MICONI TONELLI, voce *Pericolosità sociale*, in *Enc. Giur.*, vol. XXII, Roma, 1989, p. 1 ss.; F. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 1 ss.

⁶¹ Sui criteri che connotano tale accertamento, v. A. QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2018, fasc. n. 1, p. 55 ss., il quale mette a raffronto la "pericolosità per la pubblica sicurezza", fronteggiata con l'applicazione delle misure di prevenzione, e la "pericolosità sociale", postulata, invece, dalla disciplina delle misure di sicurezza, per poi concludere — in linea con la dottrina e la giurisprudenza prevalenti — che vi è una sostanziale identità concettuale tra le due nozioni.

⁶² Cfr. *supra*, nota n. 5.

gravità del reato commesso⁶³. Quando, però, la presunzione — specie se assoluta — si fonda esclusivamente sul titolo del reato, può essere ritenuta ragionevole solo se risulta supportata da una solida base giustificativa, che di certo non è ravvisabile nell'allarme sociale suscitato, in determinati frangenti storici, da alcune condotte criminose. Si tratta, infatti, di un parametro che sfugge a generalizzazioni di carattere obiettivo ed è privo della necessaria affidabilità sul piano logico.

Se si vuole collegare, dunque, la presunzione di pericolosità esclusivamente al titolo di reato, allora bisogna essere rigorosi, come è accaduto in occasione delle plurime sentenze di incostituzionalità che hanno investito l'art. 275 comma 3 c.p.p., nelle quali si è affermato — sia pure ad altri fini — che la suddetta presunzione ha un valido fondamento giustificativo solo in presenza di un reato che implichi un vincolo di appartenenza stabile ad un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità, per il suo radicamento sul territorio, l'intensità dei collegamenti personali e la forza intimidatrice che è capace di esprimere⁶⁴.

Né varrebbe richiamare, in senso contrario, quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 188 del 2019, dove si è affermato che, in ipotesi, anche il condannato per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, al quale sia stata riconosciuta l'attenuante della lieve entità del fatto, può essere collegato ad ambienti della criminalità organizzata.

In realtà, per avere prova della ragionevolezza della presunzione, occorre impostare diversamente il discorso e poter dimostrare, sulla base dei dati dell'esperienza, che la partecipazione ad un sequestro di persona a scopo di estorsione — anche quando si risolve in un contributo del tutto estemporaneo e

⁶³ Ciò si evince — oltre che dalla copiosa giurisprudenza in materia di misure di sicurezza e di prevenzione — dai numerosi contributi dottrinali sul tema, efficacemente sintetizzati da F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 11 dicembre 2014.

⁶⁴ Neppure la mera natura associativa del reato, laddove il vincolo sia privo delle connotazioni tipiche della criminalità mafiosa o terroristica, il regime sanzionatorio particolarmente severo e il carattere odioso e riprovevole della condotta illecita costituiscono dati decisivi per legittimare la presunzione assoluta di spiccata pericolosità del soggetto agente. In tal senso, Corte cost., 19 luglio 2011, n. 231, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4251 ss.

marginale alla commissione del reato — sia sempre sintomatica di un legame con la criminalità organizzata⁶⁵.

Tale assunto appare, però, realmente sostenibile con riferimento ai reati associativi di matrice mafiosa o terroristica, per i quali conserva ancora validità — non a caso — la presunzione *iuris et de iure* di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p.

Solo ponendosi nella stessa ottica, si può considerare ragionevole — e, quindi, costituzionalmente accettabile — la presunzione assoluta di pericolosità del reo basata sul mero *nomen iuris* del reato commesso. Occorre, pertanto, fare chiarezza, innanzitutto censurando l'uso distorto di preclusioni e automatismi normativi⁶⁶, ma fino a quando la Corte costituzionale continuerà a difendere anche scelte avventate del legislatore, l'auspicio di un sistema dell'esecuzione penale coerente e garantista resterà sempre una chimera.

⁶⁵ D'altra parte, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 213 del 2013, con la quale ha censurato la previsione dell'obbligo della custodia cautelare in carcere proprio per il sequestro di persona a scopo di estorsione, si esprimeva in questi termini: « dal paradigma legale tipico esula il necessario collegamento dell'agente con una struttura associativa permanente. Alla luce della descrizione del fatto incriminato, non è neppure escluso che questo possa costituire frutto di iniziativa meramente individuale. Ma quando pure — come avviene nella generalità dei casi — il sequestro risulti ascrivibile ad una pluralità di persone, esso può comunque mantenere un carattere puramente episodico od occasionale, basarsi su una organizzazione solo rudimentale di mezzi e recare una limitata offesa agli interessi protetti (libertà personale e patrimonio) ». Da qui, l'illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per prevenire i *pericula libertatis* configurabili nei confronti della persona gravemente indiziata del delitto di cui all'art. 630 c.p. (v. Corte cost., 3 luglio 2013, n. 213, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2970 ss.).

⁶⁶ Con la locuzione “automatismi normativi” si intende fare riferimento a quelle previsioni legislative che collegano ad una determinata fattispecie una conseguenza giuridica obbligata: in tal senso, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 210.