

VERSO UN'INCOSTITUZIONALITÀ
PRUDENTEMENTE BILANCIATA?
SPUNTI PER UNA DISCUSSIONE
RELAZIONE INTRODUTTIVA

di GLAUCO GIOSTRA*

SOMMARIO: 1. Una premessa di metodo. – 2. I limiti che lo Stato deve rispettare nell'imporre condizioni di accesso alle misure rieducative. – 3. La collaborazione con la giustizia può rientrare nel perimetro di tali condizioni? – 4. I margini per una dichiarazione di illegittimità consequenziale. – 5. Quali livelli probatori per essere ammessi alla liberazione condizionale? – 6. La temperie culturale in cui i giudici sono chiamati a pronunciare giustizia. – 7. «Dimercolare» l'equazione “+ repressione = + sicurezza sociale”.

1. L'ottima ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione ed i pregevoli *Amicus curiae*, puntualmente inseriti nei materiali di questo incontro, mi hanno sconsigliato di riproporre in modo probabilmente meno nitido ed incisivo le argomentazioni che vi sono svolte e che condivido pienamente. Tanto più che Marco Ruotolo, nella sua relazione, sviscererà i temi sul tappeto in modo esauriente e particolarmente approfondito.

Forse è meno inutile da parte mia - come ho preannunciato agli organizzatori del presente seminario, che ringrazio sentitamente per questo invito molto gradito - sottoporre al dibattito alcuni spunti di riflessione *a latere*, lungo questi filoni tematici: 1) Quali limiti deve rispettare lo Stato nell'imporre condizioni di accesso alle misure rieducative; 2) Se la collaborazione con la giustizia ricada entro il perimetro del “richiedibile”; 3) Quali margini di ampliamento applicativo per illegittimità consequenziale potrà/dovrà avere l'auspicata declaratoria di incostituzionalità; 4) Se la Corte costituzionale, una volta caducata la presunzione assoluta legata alla collaborazione, possa “compensativamente” alzare *ad libitum* il livello probatorio necessario per ammettere alla liberazione condizionale.

Infine, forse fuoriuscendo dal perimetro del compito che mi è stato affidato, vorrei abbandonare il profilo tecnico-giuridico per calare il problema *de quo* nel deteriorato contesto in cui la Corte costituzionale negli ultimi tempi è stata costretta (e verosimilmente anche nell'emananda decisione sarà costretta) a pronunciarsi.

* *Ordinario di Diritto processuale penale, Università di Roma-Sapienza.*

2. La questione oggi all'esame della Corte costituzionale è stata da questa già affrontata e risolta negando l'asserito contrasto con l'art. 27 Cost. (sentenza n. 153/2003) e, come ci ricorda con la consueta puntualità la *Traccia per la discussione*, la Cassazione – poggiando prevalentemente su tale precedente – sino a ieri l'altro l'ha sempre respinta come manifestamente infondata. Penso che quella pronuncia abbia esercitato un'influenza non soltanto sulla chiusura giurisprudenziale, ma anche sull'approccio metodologico con cui, da allora, la questione è stata affrontata.

Non è inutile, per meglio chiarire il senso di questa affermazione, un breve *rewind*. Il giudice *a quo* di allora aveva precipuamente imperniato il suo argomentare sulla sentenza che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177 c.p., nella parte in cui non prevedeva che il condannato alla pena dell'ergastolo, al quale fosse stata revocata la liberazione condizionale, potesse essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio (sentenza n. 161/1997). In quella pronuncia, la Corte aveva incisivamente formulato un importante principio: «se la liberazione condizionale è l'unico istituto che (...) rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove (...) fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale». Rifacendosi a questo precedente, il giudice remittente aveva sostenuto che anche per la preclusione *assoluta* derivante dalla mancata collaborazione dovesse valere lo stesso ragionamento. La Corte, nel dichiarare non fondata la questione, ebbe buon gioco a replicare che la preclusione prevista dall'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. «non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare pur essendo nelle condizioni per farlo» (ancora sentenza n.153/2003).

Da questa risalente pronuncia il *focus* della questione si è concentrato sul problema della effettiva libertà del condannato nell'operare tale scelta. Si è ragionato, e in molti casi si ragiona ancora, secondo il seguente sillogismo: la pena carceraria, la cui fine deve coincidere con quella della vita del condannato è costituzionalmente e convenzionalmente illegittima; la liberazione condizionale sottrae l'ergastolo a una tale censura, prospettando la possibilità di una conclusione anticipata dell'espiazione della pena; se la concessione della liberazione condizionale viene subordinata ad un determinato comportamento da parte del condannato, è costituzionalmente e convenzionalmente necessario che tale comportamento sia effettivamente rimesso alla sua libera scelta, in modo che dipenda da lui la possibilità di tornare in libertà. Il dibattito si è dunque incentrato, con rilievi critici beninteso molto interessanti e tutti condivisibili, sul problema se quella di collaborare possa considerarsi davvero frutto di una libera determinazione dell'interessato.

Credo tuttavia che, ancor prima, bisognerebbe discutere del significato e della esigibilità della condotta pretesa. Non è che se per essere ammessi alla liberazione condizionale fosse richiesto – lo dico per estremizzare, naturalmente – l'abiura di un credo politico o religioso (per esempi meno irrealistici, v. nota 1), un tale

presupposto potrebbe andare esente da critiche sol perché il condannato sarebbe libero di realizzarlo. Quando la concessione di una misura fondamentale per il rientro in società del condannato, come la liberazione condizionale, è subordinata a determinate condotte del beneficiario, queste devono essere funzionalmente coerenti con la finalità della misura, così che la loro mancanza o presenza sia inequivoca espressione del percorso riabilitativo compiuto dal condannato.

Sarebbe in linea con tale principio, solo per fare qualche esempio, valorizzare la circostanza che il condannato si sia reso disponibile ad avviare un percorso di giustizia riparativa; non abbia rifiutato una opportunità di lavoro per riuscire a risarcire la vittima; abbia tenuto condotte disciplinarmente e penalmente irreprensibili. Questi comportamenti e la liberazione condizionale convergono in sinergia funzionale verso l'obiettivo del positivo reinserimento sociale del soggetto. Si può, anzi si deve ponderare se e per quanto tempo la loro inosservanza possa risultare preclusiva della concessione del beneficio; vi è comunque una congruità teleologica tra questi e la liberazione condizionale, tale da giustificare una scelta legislativa che costituisca gli uni come presupposti necessari per la concessione dell'altra.

Se, invece, per concedere la liberazione condizionale si richiede al condannato una condotta che mira ad un obiettivo politico, magari in sé condivisibile¹, ma del tutto eccentrico rispetto al recupero sociale della persona, questa diviene mezzo e non fine, tradendo ad un tempo l'impostazione personalistica del nostro impianto costituzionale, in generale, e la funzione rieducativa della pena, in particolare. In tal caso, che la collaborazione sia frutto di una effettiva libera scelta o no, non rileva neppure: la strumentalizzazione dell'individuo, tanto più se fisicamente assoggettato al potere autoritativo dello Stato, non dovrebbe mai trovare cittadinanza nel nostro contesto costituzionale.

3. Se così stanno le cose, bisogna prima di tutto chiedersi: che senso ha pretendere la collaborazione con la giustizia per concedere la liberazione condizionale? A questo interrogativo si è data da sempre una risposta duplice: si tratta di una scelta politica per combattere la criminalità mafiosa; si tratta di un criterio legale volto a dimostrare l'avvenuto ravvedimento e/o la cessata pericolosità.

È di tutta evidenza che la prima riconosce con ruvida franchezza il reale obiettivo del legislatore, mentre la seconda cerca di coprime, senza riuscirvi appieno, l'impresentabilità. La prima *ratio* corrisponde alla finalità effettivamente perseguita, che però presenta una palese incongruità rispetto alla misura che ne è

¹ Ad esempio: dal condannato per un grave episodio di corruzione si potrebbe pretendere di fare il nome dei politici che prendono parte, a prescindere dall'episodio a lui addebitato, ad un sistema di collaudate concussioni, sistema che risulta agli atti non essergli sconosciuto; dall'immigrato condannato per un reato contro la libertà sessuale si potrebbero pretendere informazioni circa i protagonisti e l'organizzazione del traffico di esseri umani. Contributi investigativamente preziosi, ma non per questo esigibili, essendo privi di significato dal punto di vista risocializzativo.

condizionata; la seconda sarebbe invece ad essa fisiologicamente funzionale, se non fosse scopertamente fasulla.

Verosimilmente, proprio nella consapevolezza della dubbia legittimità costituzionale della presunzione assoluta che si accingeva ad introdurre, il legislatore del 1992 (cfr. Relazione presentata in Senato in sede di conversione del decreto-legge n. 306 del 1992, atto n. 328) si preoccupò di spiegare come le nuove norme avessero inteso esprimere che, «attraverso la collaborazione, chi si è posto nel circuito della criminalità organizzata può dimostrare *per facta concludentia* di esserne uscito», e che pretendere tale scelta è in armonia con il principio della funzione rieducativa della pena, «*perché è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare*».

La soluzione normativa ha poi ricevuto l'avallo, anche nelle sue motivazioni, da parte della Corte costituzionale, che ha trovato *non irragionevole*, per quanto in particolare concerne la liberazione condizionale, «*che non sia possibile dimostrare [...] il sicuro ravvedimento del condannato se non in presenza della collaborazione con la giustizia*» (sentenza n. 273/2001). La disciplina *de qua*, infatti, non impedirebbe in maniera assoluta e definitiva l'ammissione alla liberazione condizionale, ma ancorerebbe «il divieto alla perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia; *scelta che è assunta dal legislatore a criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il "sicuro ravvedimento" del condannato*» (sentenza n. 135/2003).

Ma è la stessa Corte costituzionale a non credere sino in fondo che le cose stiano in questi termini. Se fosse ragionevole e costituzionalmente legittimo che la scelta di collaborare costituisca la prova indispensabile per accertare il sicuro ravvedimento e, quindi, per poter concedere liberazione condizionale, perché si è poi voluto che questa possa essere concessa anche nel caso in cui la collaborazione sia divenuta inutile (sentenze nn. 68/1995 e 357/1994)? Come può essere ragionevole, appunto, che – a parità di determinazione a *non* collaborare – ad un soggetto sia precluso *a priori* l'accesso al beneficio e ad un altro no, in base alla casuale circostanza, ad esempio, che nel secondo caso i fatti criminosi siano stati acclarati in una sentenza passata in giudicato? Ed ancora: la Corte ha sempre dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* nella parte in cui non prevede che una certa misura rieducativa possa essere concessa ai condannati che, prima della data di introduzione dell'onere di collaborazione a loro carico, già «abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto» (cfr. sentenza n. 445/1997; nonché sentenza n. 504/1997; di recente, anche sentenza n. 32/2020 con riguardo alla c.d. Spazzacorrotti). In altri termini: quando è la stessa condotta penitenziaria ad aver consentito «di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire» (ancora sentenza n. 445/1997), il sopravvenuto e disatteso obbligo di collaborare non può precludere la concessione della misura rieducativa. Il che vale quanto ammettere che la «rieducazione» del condannato in realtà si può conseguire anche a prescindere dalla collaborazione.

Le stesse argomentazioni dovrebbero bastare per rileggere in un'altra, più realistica chiave, il tentativo ciclicamente riaffiorante di "penitenziarizzare" la collaborazione, gabelandola per prova legale del venir meno della pericolosità del soggetto. D'altra parte, c'è una spia normativa che tradisce in modo inequivoco la vera *ratio legislatoris*. Se la collaborazione valesse soltanto, quale strumento privilegiato per dimostrare il venir meno della pericolosità insita nell'appartenenza a certi sodalizi criminali, non si vede per quale ragione il collaborante dovrebbe essere ammesso ai benefici senza neppure dover previamente scontare la maggiore frazione di pena prevista per il reato commesso (art. 58-ter). Il combinato disposto dell'art. 4-bis comma 1 e dell'art. 58-ter lascia affiorare un sottotesto: lo Stato propone al condannato di barattare informazioni investigativamente preziose con la restituzione di "pezzi di libertà"².

Per la verità la Corte costituzionale, già in una risalente pronuncia, non mancò di "radiografare" nitidamente la natura della collaborazione richiesta: «è essenzialmente espressione di una scelta di politica criminale, adottata per finalità di prevenzione generale e di sicurezza collettiva» e «l'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. non può essere presentato sotto le vesti di una disposizione di natura "penitenziaria"», giacché anzi comporta «una sorta di scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario», con una «rilevante compressione» della finalità rieducativa della pena. La Corte non ne trasse le dovute conseguenze in termini di incostituzionalità, ma volle denunciare con forza la «preoccupante tendenza alla configurazione normativa di "tipi d'autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita in caso di mancata collaborazione» (sentenza n. 306/1993): un chiaro invito al legislatore a cambiare strada. È stato come sussurrare a un sordo. Il legislatore ha proseguito imperterritito lungo la stessa via per quasi trent'anni, sino alla recente legge c.d. Spazzacorrotti. E niente lascia prevedere che l'abbandoni.

La sentenza n. 253/2019 in materia di permessi compie un importante passo avanti. Condividendo la natura "eccentrica" del requisito della collaborazione rispetto al percorso risocializzativo, la Corte ha ritenuto che per farlo rientrare nell'alveo della costituzionalmente consentito, sia necessario, ma anche sufficiente, che perda il suo carattere di assoluta imprescindibilità. Forse, come vedremo, lo scomposto allarmismo politico e mediatico che ha accompagnato il suo pronunciamento, l'ha trattenuta dall'addivenire ad una più radicale e chiarificatrice censura, che è auspicabile, ma non realistico, attendersi dalla imminente pronuncia in materia di liberazione condizionale: affermare, cioè, il principio secondo cui, nel disciplinare i presupposti per la concessione di misure

² Ciò non significa, beninteso, che l'atteggiamento assunto dal condannato rispetto alla scelta della collaborazione non possa e non debba essere preso in considerazione -soprattutto nelle sue motivazioni- dalla magistratura di sorveglianza quale elemento significativo nel giudizio prognostico che questa è chiamata ad esprimere. Si vuol soltanto affermare che il legislatore non dovrebbe assegnare normativamente a tale scelta del condannato - scelta di per sé estranea al suo processo di riabilitazione personale e sociale - il valore di un pre-giudizio, che l'interessato non potrà non avvertire come ben più importante, per lo Stato, del proprio percorso interiore, che egli è impegnato a percorrere.

volte al reinserimento sociale del condannato, lo Stato ha il diritto di esigere dallo stesso tutte e *soltanto* le condotte che sono inequivoche espressione del suo percorso riabilitativo; mai può strumentalizzarne la speranza e le aspettative per indurlo ad un collaborazionismo che altrimenti non riuscirebbe ad ottenere.

4. Sia che la Corte decida di rimuovere in modo radicale il requisito della collaborazione, sia che si limiti più probabilmente - sulla scia della recente sentenza n. 253/2019 - a dichiarare l'illegittimità del suo carattere assoluto, tutto lascia prevedere una pronuncia di incostituzionalità³. Sperando che non sia soltanto un *whisful thinking*, conviene chiedersi allora quali siano i margini per una estensione applicativa del suo *dictum* ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

Se la Consulta dovesse mai risolversi a dichiarare l'incostituzionalità del requisito-collaborazione in sé, cioè in quanto condotta che lo Stato non può esigere dal condannato per restituirgli la libertà, gli effetti dovrebbero propagarsi pressoché automaticamente: si tornerebbe, infatti, al sistema precedente al decreto legge n. 306 del 1992 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa) che aveva introdotto nei confronti dei condannati per i reati appartenenti alla c.d. prima "fascia", l'obbligo della collaborazione per poter accedere alle misure rieducative. Come con quel decreto legge (convertito nella legge n. 356 del 1992) si passò, «da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)», con la declaratoria di incostituzionalità si compirebbe un percorso a ritroso, tornando "soltanto" a pretendere che siano acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». Soddisfatta questa condizione, la liberazione condizionale e tutte le misure elencate nel comma 1 dell'art. 4-*bis* potrebbero essere concesse ai condannati per uno dei reati ivi previsti. Non si tratterebbe comunque, beninteso, di un mero ritorno al passato: l'art. 4-*bis* si è infatti *medio tempore* "infarcito" delle più eterogenee fattispecie penali, rispetto ad alcune delle quali la condizione richiesta (come del resto l'attuale onere di collaborazione) non ha senso alcuno, data la loro struttura monosoggettiva del tutto estranea alla logica – discutibile, ma non irragionevole – che ne aveva ispirato l'introduzione con riguardo alle organizzazioni criminali di stampo mafioso o terroristicò.

Qualora l'attesa pronuncia della Corte, invece, seguendo il solco tracciato dalla sentenza n. 253/2019, si limitasse molto più probabilmente a censurare il

³ E' pur vero che nell'evocato precedente dello scorso anno la Corte aveva precisato, quasi ad *excusatio non petita*, che non intendeva riferire i suoi ragionamenti al c.d. ergastolo ostativo, ma si tratta di una puntualizzazione di cui non è difficile cogliere l'intento sedativo degli allarmismi montanti (v. oltre in testo, §5).

carattere assoluto della preclusione, il discorso in ordine ai margini per dichiarazioni di illegittimità consequenziale dovrebbe farsi più articolato. Molto dipenderebbe dal parametro costituzionale ritenuto eventualmente assorbente dalla Corte.

Se si dovesse limitare ad accogliere la questione sotto il profilo dell'art. 117 Cost., che pure è stato opportunamente invocato nell'ordinanza di rimessione, il cuore della decisione sarebbe costituito dalla *strutturale* incompatibilità con l'art. 3 CEDU - come insegna la Corte europea nella sentenza *Viola c. Italia n.2* - della presunzione assoluta di pericolosità fondata sull'assenza di collaborazione. Ad essere dichiarato incostituzionale, sarebbe l'ergastolo *nei fatti* ostativo, che chiude inesorabilmente alla speranza l'orizzonte del condannato, in contrasto anche col divieto di infliggere pene contrarie al senso di umanità imposto dalla nostra Costituzione. In questo caso, la declaratoria di incostituzionalità potrebbe essere consequenzialmente estesa a tutti i condannati all'ergastolo per uno dei reati dell'art. 4-*bis* comma 1, anche se la ricaduta concreta sarebbe piuttosto limitata, dal momento che pochissimi dei reati elencati nel primo comma dell'art. 4-*bis* risultano punibili con l'ergastolo. Rimarrebbe difficile, invece, applicare lo stesso parametro alle pene temporanee. Sarebbe arduo, ad esempio, qualificare inumana e degradante una pena a sette anni di reclusione per reato ostativo che non ammetta alla liberazione condizionale il condannato non collaborante. Al contempo, però, striderebbe con la coerenza, se non addirittura con il buon senso, un sistema in cui la mancata collaborazione fosse sempre preclusiva della liberazione condizionale, salvo che per l'ergastolano.

La potenzialità espansiva si accrescerebbe significativamente se l'auspicata pronuncia di incostituzionalità si imperniasse sulla incompatibilità con il finalismo rieducativo di cui l'art. 27, comma 3, Cost. vuole siano contrassegnate tutte le pene.

Anzitutto, sarebbe difficile per la Corte discostarsi dalla linea tenuta meno di un anno fa con la sentenza n. 253/2019, alla cui stregua «i profili di illegittimità costituzionale relativi al carattere assoluto della presunzione attingono tanto la disciplina (...) applicabile ai detenuti per delitti» di matrice mafiosa⁴, «quanto l'identica disciplina dettata dallo stesso art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. per i detenuti per gli altri delitti in esso contemplati». Considerazioni che non potranno non essere traslate “in calce” alla sentenza che dovesse dichiarare l'incostituzionalità degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit. e dell'art. 2 decreto-legge n.152 del 1992 (convertito con modificazioni), nella parte in cui escludono che un condannato all'ergastolo per un reato di mafia possa essere ammesso alla liberazione condizionale, anche se non collabora.

Accanto a questa estensione “orizzontale” dell'ambito applicativo dell'incostituzionalità, (cioè per tipologia di reati), se ne potrebbe prospettare una,

⁴ Questa ed altre improprie locuzioni di sintesi saranno nel testo usate in luogo dell'unica formulazione tecnicamente precisa (*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*) al solo fine di non appesantire la struttura sintattica del periodo.

per così dire, “verticale” (per tipologia di pena): la collaborazione, cioè, potrebbe perdere consequenzialmente la sua imprescindibilità ai fini della liberazione condizionale non soltanto rispetto alla pena dell’ergastolo, ma anche alla pena temporanea (regola che dovrebbe valere – ancora per estensione “orizzontale” – anche con riguardo alle pene temporanee inflitte per ogni reato ostativo dell’art. 4-*bis*, sempre per evitare la *paradossale disparità* di cui la Corte parla con convincente efficacia nella sentenza n. 253/2019).

Ma la Consulta, nel caso di incostituzionalità incardinata sul finalismo rieducativo della pena, potrebbe (e credo dovrebbe) cogliere l’opportunità per “sanificare” il sistema nel suo complesso. Infatti, come si domanda opportunamente la *Traccia per la discussione*, rimossa tramite giudicato costituzionale l’ostatività penitenziaria per la tappa iniziale (il permesso premio) e per quella finale (la liberazione condizionale)⁵ del percorso risocializzativo del detenuto, non sarebbe del tutto irragionevole mantenerla per le tappe intermedie? Direi che l’interrogativo debba considerarsi retorico, perché altrimenti il sistema rivolgerebbe al condannato un’incomprensibile proposta trattamentale: “non importa se non collabori con la giustizia, gli elementi che attestano la rescissione di ogni legame criminale e il tuo percorso di riabilitazione personale e sociale sono molto convincenti: ti ammetto ai permessi premio; poi però sarai escluso da ogni altra misura alternativa perché non collabori con la giustizia; infine, potrai fruire della liberazione condizionale, nonostante la mancata collaborazione”. Il rischio è che l’ordinamento, oltre che la coerenza, perda anche la credibilità agli occhi della persona detenuta; credibilità, che è un presupposto essenziale di ogni “riavvicinamento” del condannato alla legalità.

Non dovrebbe essere di ostacolo a questa operazione in grado di restituire coerenza all’intero sistema, il *self restraint* che ha tenuto la Corte nella sentenza n. 253/2019, precisando ad ogni piè sospinto che si sarebbe occupata soltanto di permessi premio, per la loro specificità che li distingue dalle altre misure alternative: affermazione discutibile, ma non priva di una sua plausibilità. Nella pronuncia di domani, però, l’ottica sarebbe rovesciata: si alzerebbe il passaggio a livello della collaborazione per lasciare andare il condannato meritevole verso la liberazione condizionale, mentre lo si terrebbe abbassato per tutte le altre misure che tale liberazione preparano e propiziano. Se là poteva dirsi che il meno non può estendersi al più, nel caso in esame sarebbe difficile sostenere che il più non comprende il meno. Se l’alfa e l’omega dell’alfabeto trattamentale non sopportano ostatività, è difficile che tutto il resto ne resti assoggettato.

5. Dobbiamo tener presente che proprio le ultime considerazioni, volte a sottolineare il ben più rilevante significato di una pronuncia in tema di liberazione condizionale rispetto a quella sui permessi premio, fanno intravedere il rovescio della medaglia. Se nella sentenza n. 253/2019 la Corte ha avvertito la necessità di “compensare” la declaratoria di incostituzionalità con la fissazione di una serie di

⁵ Di tappe, nello stesso senso del testo, parla la Corte costituzionale nella sent. n. 149/2018 proprio a proposito di permessi premio e di liberazione condizionale.

ostacoli probatori, pressoché invalicabili, alla concessione dei permessi premio una volta liberata dall'ostatività della collaborazione, le ben più rilevanti implicazioni della liberazione condizionale potrebbero indurla a prevederne di maggiormente impegnativi o quanto meno a ribadire quelli già indicati in quella sede.

Prospettiva molto verosimile, ma non per questo condivisibile.

I più rigorosi criteri che la Corte in quella sentenza si è impegnata ad individuare per “surrogare” la funzione svolta dalla «presunzione assoluta caducata» meritano di essere osservati più da vicino per verificare se possono considerarsi costituzionalmente necessari e sistematicamente credibili, e in quanto tali riproponibili nella futura sentenza in tema di liberazione condizionale.

Quando la Corte afferma che, caduta la condizione assolutamente preclusiva, si impone «l'acquisizione di stringenti informazioni in merito all'eventuale attualità di collegamenti con la criminalità organizzata», si riferisce giustamente ad «un regime di prova rafforzato per accertare l'inesistenza di una condizione negativa» (sentenza n. 68/1995) che il sistema, anzi lo stesso art. 4-*bis*, già conosce: in caso di collaborazione impossibile, infatti, pretende che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (comma 1-*bis*)⁶. Correttamente, quindi, la Corte, elisa la condizione ostativa, richiede che il giudice si attesti su questo più rigoroso livello di accertamento dell'assenza di rapporti del condannato con il sodalizio criminale. D'altra parte, sarebbe clamorosamente incoerente un sistema che esigesse un più impegnativo livello probatorio in caso di collaborazione oggettivamente inesigibile, mentre ne prescindesse in caso di collaborazione esigibile e non prestata.

Molto meno convincente appare il Giudice delle leggi, invece, quando si spinge ad affermare⁷ che in assenza di collaborazione possono essere concessi permessi premio soltanto qualora siano stati acquisiti elementi tali da escludere non soltanto l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche *il pericolo del ripristino di tali collegamenti*. Non occorrono doti divinatorie per

⁶ È discusso in effetti se, dopo la sent. n. 253/2019, che ha rimosso l'imprescindibile necessità della collaborazione, mantenga ancora un senso il comma 1-*bis*, riservato alla collaborazione impossibile. Problema delicatissimo ed aperto. Qui mi limito ad osservare che, stando almeno al dispositivo di quella sentenza, per la collaborazione possibile ma non prestata la Corte pretende surrogatoriamente due accertamenti negativi della pericolosità del richiedente in riferimento ai collegamenti con l'organizzazione criminale: quello relativo all'attualità e quello relativo al futuribile; per la collaborazione impossibile, invece, la norma pretende soltanto il primo.

⁷ Per non parlare delle ingerenze della Corte nelle modalità di formazione del convincimento giudiziale, quasi a voler tener la mano alla magistratura di sorveglianza quando deve scrivere decisioni che riguardano la prognosi di riabilitazione sociale di condannati per reati che destano grande allarme sociale e mediatico. Ma questo aspetto rimanda verosimilmente al contesto politico-culturale con cui questa pronuncia ha dovuto misurarsi (v. oltre §5).

preconizzare che un simile rigoroso criterio verrà imposto anche nella prossima pronuncia riguardante la liberazione condizionale⁸.

Non mi sento, tuttavia, di condividere questa funzione para-legislativa che la Consulta ha finito per svolgere, estraendo dal cilindro normativo siffatto criterio di nuovo conio. La Corte ritiene di esserne legittimata per sopperire al vuoto di tutela (come accadde per il suicidio assistito: cfr. sentenza n. 242/2019) conseguente alla rimozione dell'indispensabilità della collaborazione. In verità, la raccolta di elementi per garantire che non vi sia il rischio di un ripristino in futuro dei collegamenti con la criminalità organizzata copre un terreno probatorio che il preesistente onere di collaborazione ignorava del tutto: prova inequivoca della rescissione dei collegamenti attuali con la criminalità organizzata, l'assolvimento di tale onere non poteva certo considerarsi di per sé garanzia di esclusione di ogni loro ripristino. La caducazione di questo onere collaborativo, pertanto, non lascia in realtà alcun vuoto di tutela. Si aggiunga che il criterio formulato dalla Corte, se preso rigorosamente alla lettera, si tradurrà in una *probatio diabolica* che vanificherà gli effetti della pronuncia di incostituzionalità dell'obbligo di collaborazione; altrimenti, potrà risultare inutile, nel senso di ritenere insito nel positivo giudizio in ordine al percorso di riabilitazione sociale del condannato (tale da ammetterlo al beneficio) una prognosi di irreversibile allontanamento del soggetto dal contesto criminale di provenienza.

Un'ultima notazione. Abbiamo ricordato che giustamente la Corte, con l'illegittimità consequenziale, ha esteso la declaratoria di incostituzionalità anche ai condannati per gli altri reati contenuti nell'elenco del comma primo dell'art. 4-*bis*, diversi da quello di matrice mafiosa, disponendo che anche loro, in mancanza di collaborazione, potranno accedere ai permessi premio soltanto quando si potrà escludere rigorosamente l'attualità di collegamenti o il pericolo del loro ripristino (sentenza n. 253/2019). Tuttavia, in tal modo si verifica una sorta di corto circuito nel ragionamento della Corte. Poiché, da un lato, giustifica la pretesa di questo più rigoroso regime probatorio in ragione delle note e peculiarissime connotazioni criminologiche dei reati di criminalità mafiosa; dall'altro, estende la rimozione della collaborazione ostativa anche ai condannati per gli altri reati previsti nell'art. 4-*bis* comma 1, per evitare una «paradossale disparità», poiché rispetto ad essi non c'è bisogno di dimostrare «l'assenza di legami con un, *inesistente*, sodalizio criminale di originaria appartenenza». Difficile allora giustificare che anche per questi condannati la concessione del beneficio sia subordinata - come si legge nel dispositivo della sentenza - all'acquisizione di «elementi tali da escludere non soltanto l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche il pericolo del ripristino di tali collegamenti»: collegamenti, che la stessa Corte ritiene *inesistenti*.

La verità è che i criteri probatori di maggior rigore, chiamati a prendere il posto della prova legale della collaborazione, non dovrebbero valere quando si tratta di concedere, oggi i permessi premio, domani (speriamo) la liberazione

⁸ Sia per il clima culturale che accompagna ogni decisione che incide sulla pena dei condannati per mafia, sia perché sarebbe insensato pretendere quella sorta di "accertamento impossibile" per concedere i permessi, prescindendone per ammettere alla liberazione condizionale.

condizionale, a condannati per i reati di cui al primo comma dell'art. 4-*bis*, diversi da quelli di criminalità organizzata di stampo mafioso o terroristico.

Questa difficoltà di governare la materia anche a livello giurisprudenziale è conseguenza e riprova del fatto che il 4-*bis* è ormai divenuto una specie di contenitore di raccolta indifferenziata in cui il legislatore “getta” i reati demagogicamente più *à la page* senza tenere nella dovuta considerazione la loro gravità, la loro struttura e il loro profilo criminologico.

6. Limitarsi a queste considerazioni di carattere tecnico-giuridico, tuttavia, significherebbe rassegnarsi ad una visione scotomizzata del problema: per averne una soddisfacente intelligenza il discorso deve soffermarsi su quei fattori di degrado culturale e di demagogia mediatica che da tempo condizionano il nostro legislatore e nell'ultimo periodo pressano - in modo ancora indiretto, ma non per questo privo di influenza – chi deve pronunciare giustizia.

Antologico, da questo punto di vista, il clima politico-culturale nel quale la Corte costituzionale ha emesso la sentenza n. 253/2019: dichiarazioni di autorevoli magistrati, allarmati *caveat* di noti esponenti politici, un'indegna campagna di stampa avevano trasmesso all'opinione pubblica l'inquietante messaggio secondo cui una pronuncia di accoglimento da parte della Consulta avrebbe costituito un irresponsabile regalo alla mafia; foriero, oltretutto, di altri ancor più allarmanti cedimenti. La sensazione è che la Corte sia meritoriamente riuscita a resistere a questa onda d'urto, ma abbia ritenuto di doversi far carico di un (improprio) compito di assicurazione sociale. Sembra confermare questa sensazione non soltanto la particolare insistenza nel sottolineare che la pronuncia emanata non doveva considerarsi di per sé prodromo di altri “cedimenti” in termini di ostatività, ma soprattutto la forte determinazione nel prescrivere rigorosi rimedi compensativi degli effetti della propria pronuncia. Dal §9 del *considerato in diritto* di quella pronuncia, infatti, traspare evidente la preoccupazione di “controbilanciare” l'eliminazione dell'assoluta ostatività legata alla mancata collaborazione; quasi un ansioso scrupolo di precisare “è incostituzionale, però state tranquilli che...”. Quando, per giustificare il criterio del “pericolo di ripristino”, la Corte invoca un vago «è necessario alla luce della Costituzione»; quando si spinge a precisare che grava sullo stesso condannato richiedente l'onere di fare specifica allegazione e che in caso di “referti” negativi delle Autorità di sicurezza «incombe sullo stesso detenuto (...) anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno», si ha la sensazione che il Giudice delle leggi abbia avvertito l'esigenza di assicurare la collettività del fatto che il passo compiuto con la declaratoria di incostituzionalità non era segno di inconsapevolezza dei rischi, tanto è vero che la Corte stessa, nel rimuovere il divieto di accesso ai permessi per i non collaboranti, si è premurata di predisporre stringenti *guard rail* alla magistratura di sorveglianza per evitare qualsiasi sbandamento applicativo; di più: per evitare significativi scostamenti (in termini di concessione di permessi ai non collaboranti) dalla situazione antecedente la pronuncia. Ma se questa lettura ha un fondamento, ci dobbiamo chiedere come siamo giunti ad un punto di “intimidazione” culturale per cui la Corte

costituzionale ritiene di doversi spingere sino al limite dell'esondazione funzionale svolgendo un ruolo di assicurazione sociale che, semmai, spetterebbe al legislatore. Sia pure nei ristretti limiti di queste note è un interrogativo che non può essere ignorato, poiché riguarda una situazione tutt'altro che contingente e che rimanda alle ragioni di un malessere democratico grave, durevole e profondo.

Da circa trent'anni - potremmo dire, semplificando molto, dall'epoca di Mani Pulite - si registra un subdolo, crescente stravolgimento della fisiologica dinamica della democrazia rappresentativa e dei rapporti tra poteri; stravolgimento, che trova la massima, preoccupante espressione nel settore della risposta punitiva dello Stato. La politica non cerca più di scegliere tra le diverse proposte culturali espresse dal confronto degli esperti nei vari ambiti quelle consentanee alla propria ideologia, per poi cercare di procurarsi il consenso del popolo sulle scelte operate, dimostrandone equità e utilità sociale.

Da troppo tempo, cultura e competenze sono percepite come espressione di oligarchie elitarie: peggio, arnesi stantii e antidemocratici. Nell'attuale versione caricaturale della democrazia ciò che conta è la volontà del popolo (che ovviamente è altra cosa dalla volontà democraticamente espressa), come si manifesta nei sondaggi, nelle manifestazioni, nei *social*, nella consistenza dei *followers*. La politica non guida più la collettività, ma ne insegue bulimicamente il consenso, e si limita a tradurre normativamente i *desiderata* del popolo: i confini della democrazia sono stati ormai superati e ci stiamo inoltrando nell'infido terreno dell'oclocrazia. Il politico *à la page* si presenta e spesso si percepisce come il ventriloquo del popolo. Ed in quanto tale, "ingiudicabile": sempre più di frequente, ormai, quando un'autorità indipendente, in particolare la magistratura, bussa alle porte del potere, puntualmente si sente gridare alla giustizia ad orologeria o, peggio, si invitano provocatoriamente i giudici a farsi eleggere prima di poter giudicare. Un grossolano e inquietante analfabetismo costituzionale nei cui confronti però la collettività si può dire abbastanza mitridatizzata, tanto stucchevolmente è ripetuta una tale litania. Ma negli ultimi tempi assistiamo ad un più subdolo e più preoccupante fenomeno di delegittimazione delle autorità indipendenti.

Poiché ormai la pandemia emotiva è l'insicurezza, una politica imbellè e alla ricerca esclusivamente di un facile consenso si preoccupa soltanto di offrire la risposta più facile e più inutile: inasprimento della repressione penale e restrizione dei diritti e delle opportunità di risocializzazione dei detenuti. Tanto che si parla giustamente di democrazia penale. Queste scelte demagogiche ed emotive trovano spesso temperamento o censura nella giurisprudenza di autorità indipendenti che non hanno un problema di consenso. In simile evenienze o in vista di possibili evenienze di questo tipo, voci stentoree, talvolta purtroppo anche di alti magistrati o di leader politici, gridano al pericolo, additano certi responsi come frutto di pregiudizi ideologici o di cieca irresponsabilità. Basterebbe rievocare quanto di recente accaduto alla vigilia della sentenza n. 253/2019 dello scorso anno, alle aggressioni verbali subite dal Garante nazionale dei detenuti per aver denunciato l'insostenibilità di certe condizioni detentive, alla magistratura di sorveglianza per l'ampio ricorso alla detenzione domiciliare in tempo di pandemia, all'accusa rivolta alla Corte EDU in più di una circostanza (si pensi, in particolare, alle

pronunce in tema di ergastolo) di non aver compreso la caratura della delinquenza italica. Anche nella mia esperienza di presidente della Commissione ministeriale incaricata di elaborare un progetto di attuazione della delega in materia penitenziaria, ho dovuto prendere atto di quanto scomposte e immotivate siano le aggressioni nei confronti di riforme che hanno una pur flebile intonazione garantista: tra le tante invettive ricevute nel corso dell'elaborazione di un tale progetto, vi è stata anche l'accusa di continuare in tal modo la trattativa Stato-mafia! Asserzione che avrebbe meritato più una querela, che una confutazione (peraltro, neppure necessaria: per espressa previsione di delega i reati di mafia erano esclusi dalla riforma).

Perché questo atteggiamento ci sembra molto più corrosivo dei principi dello Stato di diritto dell'altro sopra ricordato? Perché queste voci allarmate non si levano a tutela di interessi personali o di partito, ma si autoassegnano il ruolo di tutrici della sicurezza sociale minacciata dalla sentenza o dalla riforma di turno. Le autorità indipendenti chiamate a prendere provvedimenti vengono additate come soggetti decisori irresponsabilmente disattenti all'interesse della società, se si discostano dal rigore repressivo sostenuto da certa demagogia imperante. È difficile credere che questi "indici mediatici" accusatoriamente puntati lascino i destinatari indifferenti. È difficile credere, ad esempio, che, dopo l'indegna campagna contro le decisioni della magistratura di sorveglianza durante la prima diffusione del covid, almeno una parte dei magistrati non ripieghi su una giurisprudenza difensiva per evitare aggressioni giornalistiche. Come pure è difficile credere che quell'aria irrespirabile che si era venuta a creare alla vigilia della sentenza n. 253/2019 non abbia varcato il portone del Palazzo della Consulta e non abbia indotto alcuni giudici, pur non disposti a cambiare di segno la pronuncia di incostituzionalità, a presidiarla con temperamenti e prescrizioni limitative che potessero non esasperare la tensione e rassicurare l'opinione pubblica.

7. Sebbene oggi possa suonare velleitario, si deve dunque cercare di contrastare la regressiva politica securitaria sul suo terreno, trovando una strategia di comunicazione che renda il cinico populismo penale elettoralmente meno lucrativo. Per farlo, le ragioni del diritto non bastano, perché, pur ineccepibili, non trovano ascolto nell'opinione pubblica: sono demagogicamente inermi. Dobbiamo cambiare contenuti e modalità della comunicazione. Operazione per la quale siamo meno attrezzati e per la quale abbiamo bisogno di coinvolgere gli operatori dell'informazione, propiziandone una maggiore sensibilizzazione e fornendo loro una credibile documentazione.

Per cercare di risalire in modo anadromo questa corrente sospinta soltanto dalle voci della vendetta sociale, seminari come questi sono preziosissimi e irrinunciabili, perché tra i pochi laboratori di riflessione e di confronto su importanti decisioni del Giudice delle leggi, e non solo. Ma non possono bastare, perché sono costretti ad intervenire "a valle". Dobbiamo adoperarci con ogni mezzo (incontri formativi con operatori dell'informazione, pubblicazione di dati statistici, interventi nelle scuole, dibattiti aperti al pubblico, articoli sui giornali,

prese di posizione nei *social media*) per concorrere ad una bonifica culturale, in modo che il pur duro confronto delle idee avvenga su dati di fatto condivisi e resi noti, e non sulla popolare emotività suscitata da questo o quel pericolo agitato alla bisogna. È necessario drenare il bacino della paura da cui assetate idrovore politiche attingono senza scrupolo, con argomenti e dati che a quella paura sappiano parlare. È di questi giorni, per fare soltanto un esempio recentissimo ed in qualche modo collegato al tema che ci occupa, il mancato rientro da un permesso premio di Johnny “lo Zingaro”, da circa trent’anni in galera per una serie di gravissimi fatti di sangue. Naturalmente, e comprensibilmente tenuto conto della caratura criminale dell’evaso, si sono levate molte voci contro il pericoloso lassismo nella concessione dei permessi premio; riprende quota nell’opinione pubblica la ricorrente idea secondo cui i condannati andrebbero sbattuti in cella “gettando via le chiavi” sino all’ultimo giorno di espiazione della pena. Ebbene, replicare a questo slogan demagogicamente rassicurante “la Costituzione vuole che l’esecuzione della pena tenda al reinserimento sociale del condannato” significa opporre una risposta emotivamente imbelli. Essa anzi finisce per accreditare la diffusa, mistificante impressione che vede, da una parte, coloro che con rassicurante rigore pretendono che la pena detentiva sia scontata fino in fondo, rinchiudendo ermeticamente i pericolosi criminali entro le mura del carcere; dall’altra, i buonisti, gli indulgenzialisti, coloro che sono ossessivamente ed esclusivamente preoccupati della sorte del condannato. Una siffatta risposta non ha presa perché trascura l’interesse di cui, invece, mostra di farsi carico l’opposto approccio. Mentre questo trasmette un implicito messaggio rassicurante – “non siate preoccupati, questo pericoloso individuo verrà recluso entro mura ben presidiate” – l’altro risponde: “è un suo diritto costituzionalmente garantito veder abbassare i ponti levatoi di quelle mura, se dimostrerà un significativo progresso di riabilitazione sociale”.

Bisognerebbe, invece, per rimanere nell’esempio, contrapporre alle esibite rodomontate punitive un dato e un avvertimento. Il dato: la percentuale dei permessi che hanno fatto registrare un mancato rientro si aggira intorno al due per mille. Il perentorio *warning*: la segregazione senza speranza mette a grave rischio la sicurezza sociale. Un’affermazione perentoria di cui non sarebbe difficile alla bisogna dimostrare il fondamento. Il proposito di lasciar marcire i detenuti in galera sino all’ultimo giorno della pena inflitta non è solo in contrasto con la Costituzione e con la Convenzione europea: è un attentato alla sicurezza sociale. Tornati liberi, manifestano una tendenza a delinquere di gran lunga superiore rispetto a quella di coloro che hanno conosciuto un progressivo rientro in società, legato alla loro evoluzione riabilitativa. Questo è il messaggio che si deve riuscire a inoculare nelle vene mediatiche.

Più in generale bisogna riuscire a divellere l’idea tanto profondamente diffusa e radicata, quanto infondata, che il carcere garantisca sicurezza e che con l’indice di carcerazione cresca l’indice di sicurezza. Un dato, eloquente: negli USA, che ha percentualmente una popolazione carceraria che è quasi il decuplo della nostra, la percentuale di omicidi ogni centomila abitanti (5,3) è quasi il decuplo della nostra (0,6).

Si tratta di impresa culturale ai limiti della temerarietà, poiché come efficacemente scriveva Christa Wolf nella *Medea*, «non c'è menzogna troppo grossolana a cui la gente non crede, se essa viene incontro al suo segreto desiderio di crederci». E tuttavia merita di essere intrapresa per scongiurare il rischio che anche le nostre autorità di garanzia vengano delegittimate o quanto meno culturalmente “intimidite” da certo populismo montante. Naturalmente non c'è un rimedio di per sé risolutivo. C'è un verbo in disuso che può rendere con efficacia l'idea di ciò che si potrebbe fare: *dimercolare*, cioè, tirare a sé, ondeggiandolo con movimento basculante, il chiodo conficcato nel legno per estrarlo. Così – io credo - dovremmo operare nei confronti della radicata convinzione che la cieca repressione possa garantire sicurezza sociale: dati, considerazioni, smentite, statistiche, dimostrazioni, studi comparativi, confutazioni, testimonianze, se portati quotidianamente e nei più diversi contesti potrebbero nel medio periodo riuscire a “sconficcare” dalla coscienza sociale la fallace idea che la sicurezza collettiva dipenda dallo spessore e dall'impermeabilità delle mura del carcere.

Se l'estrema difficoltà dell'impresa può scoraggiare, l'importanza democratica dell'obiettivo non può esonerare dall'intraprenderla.