

## **La danza immobile.**

**Intervento al convegno “*Carcere. Rimettersi in cammino verso la costituzione.*” (Università La Sapienza di Roma, 22 novembre 2019)**

*di Michele Passione*

1. Tocca a me chiudere questo incontro, pieno di stimoli e suggestioni; gli avvocati, si sa, parlano per ultimi.

Vista l'ora, non vi infliggerò acute sofferenze, ma proverò a dare qualche indicazione di rotta.

Mi piace questa prospettiva del “*rimettersi in cammino, verso la Costituzione*”; sono un montanaro, e la Carta costituisce per me, da sempre, un confronto necessario, il terreno su cui misurare la tenuta e lo stato di salute degli attrezzi che abbiamo in mano.

E tuttavia, il cammino è spesso impervio, poiché, come diceva Flaiano (rubo la citazione a Mauro Palma, che l'ha ripresa di recente parlando di complessità)<sup>1</sup>, “*in Italia infatti la linea più breve tra due punti è l'arabesco*”.

Infatti, com'è stato di recente ricordato<sup>2</sup>, “*forse mai, come in questo presente, la cultura sociale della pena si è allontanata dalla rotta costituzionale, mai nelle predicazioni di rappresentanti delle istituzioni il finalismo rieducativo è stato tradito al punto di auspicare che il condannato possa marciare in galera nella certezza di una pena immutabile, qualunque sia il percorso di emenda e riabilitazione sociale eventualmente compiuto; mai nel sentire diffuso la muscolarità della risposta sanzionatoria alle reali o ingigantite esigenze di sicurezza sociale ha così brutalmente eclissato la ben più impegnativa e molto più efficace (proprio in termini di sicurezza) opera di recupero sociale del condannato*”<sup>3</sup>.

Così, quasi per naturale reazione (non certo una ribellione), com'è stato puntualmente rilevato da chi mi ha preceduto, in una mirabile convergenza di azione tra avvocati e magistrati si è intrapresa la strada del tentativo di riallineamento ai principi costituzionali della normativa penitenziaria (scotomizzata nella sua parte più rilevante dal Legislatore delegato in punto di arrivo), secondo le indicazioni di cui alla Legge delega n.103/2017.

---

<sup>1</sup> E. Flaiano, *La solitudine del satiro*, Milano, Rizzoli, 1973

<sup>2</sup> G. Giostra – F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato, Sesta edizione*, Padova, Cedam, 2019

<sup>3</sup> D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2017... “*in linea di principio, di fronte ai disordini vissuti da una società, alla violazione delle norme e all'infrazione delle leggi, i suoi membri si affidano a una risposta fatta di sanzioni che alla maggior parte degli individui appaiono utili e necessarie. Il crimine è il problema, e il castigo la sua soluzione. Con il momento punitivo, è il castigo a diventare il problema*”.

Due esempi, tra i tanti: l'ordinanza di rimessione n.183, contenente la *quaestio* sollevata dal Tribunale di Agrigento, con la quale il compito di “*andare al cuore della funzione della pena per valorizzarne le potenzialità di recupero sociale, anche attraverso una necessaria progressività trattamentale*” è stato indicato seguendo “*i criteri di riforma dell'ordinamento penitenziario dettati dal comma 85 dell'articolo 1 della legge di delega n.103 del 2017*”. L'ordinanza di rimessione del 18 febbraio 2019, emessa dalla Suprema Corte, Sez.I,<sup>4</sup> con la quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art.47 *ter*, comma 1 *bis*, o.p., nella parte in cui prevede che tale disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'art. 4 bis della medesima legge, nella quale si è affermato che... “*si coglie appieno [...] l'irragionevolezza intrinseca della disposizione censurata, in relazione al valore della responsabilità penale personale e alla necessaria finalità rieducativa della pena. Irragionevolezza intrinseca non sfuggita, peraltro, in sede di attuazione della delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n.103, nella parte relativa alle modifiche all'ordinamento penitenziario, se è vero che nello schema originario del conseguente decreto legislativo era stata prevista la soppressione della disposizione censurata*”.

Chi vi parla ha preso parte alla stagione riformista ispirata dalla Legge delega, con la quale il Governo aveva impegnato il Parlamento (con voto di fiducia!) a por mano alle necessarie modifiche; Stati Generali, Commissioni ministeriali, ai quali si è sostituito il timore di una scelta, il tradimento di un impegno assunto<sup>5</sup>, finanche definendo “*criminali*” le riforme proposte, da parte di chi, ancora oggi, riveste ruoli istituzionali.

Non era difficile preconizzare una risposta in altra sede, e con altri strumenti, che tuttavia soffrono dell'estemporaneità e della fisiologica distanza temporale tra il *vulnus* lamentato e la risposta fornita. Nel frattempo, in carcere si continua a morire, e i detenuti sono diventati (al 31 ottobre scorso) 60.985.

2. Visto l'esito della storica sentenza emessa in materia di ergastolo ostativo (*recte*: delle preclusioni apposte alla possibilità di fruire del permesso premio per i condannati a quel tipo di pena perpetua), nella consapevolezza che, appunto, la partita dei diritti sembra giocarsi altrove, potremmo dirci “*parzialmente soddisfatti*”, come spesso si dichiarano gli interroganti parlamentari, per lo più in aule semivuote; non lo siamo, perché quando è in gioco il tema dei diritti compressi non è consentito desistere.

Ecco dunque, nel rispetto della consegna, qualche ipotesi di lavoro.

La prima: con sentenza n.9438/2019, emessa il 29 gennaio 2019 dalla Corte di Cassazione, Sez.VI, è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità

---

<sup>4</sup> Mentre scriviamo, non si conosce ancora l'esito dell'udienza tenutasi in proposito lo scorso 23 ottobre in Corte Costituzionale.

<sup>5</sup> Cfr. L. Lombardi Vallauri, Corso di filosofia del diritto, Padova, 2012, 213, secondo cui... “*il diritto, per sfuggire al rischio di porsi come dinamica autoreferenziale, deve essere giustificato filosoficamente a partire da opzioni valoriali che attengono alla concezione della Giustizia*”

costituzionale dell'art.275, comma 2 *bis*, c.p.p., che, tra l'altro, esclude l'applicabilità della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che all'esito del giudizio la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni, in relazione all'art.656, comma 5, c.p.p., come modificato dalla sentenza n.41 del 2018 della Corte Costituzionale<sup>6</sup>. La denunciata aporia, secondo il giudice di legittimità assumerebbe nel caso di specie... *“al più l'effetto di un mero difetto di coordinamento, cui il legislatore non ha inteso porre rimedio, ma non anche lesivo dell'art.3 Cost., non essendo ravvisabile nel trattamento normativo differenziato”*. Non è così<sup>7</sup>, e varrà la pena riprovare a bussare a Corte. Incidentalmente, è appena il caso di osservare che il Legislatore è stato “superato” dalla Consulta con la sentenza citata (così come accaduto con la sent. n.99 del 2019), e neanche successivamente ha inteso intervenire (sebbene, ovviamente, l'esito del giudizio spieghi effetti *erga alios*) sulle norme oggetto della declaratoria di incostituzionalità.

Ancora: pensiamo meriti una riflessione la disposizione di cui all'art.41 *bis*, comma 2, cpv., o.p., laddove prevede che *“in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4 bis”* (così come la possibilità che, espiata interamente la pena, si dia luogo alla misura di sicurezza della Casa di lavoro – 7 gli internati attualmente reclusi a Tolmezzo, senza lavoro).

Ed infatti, se è vero che il controllo centralizzato (ex comma 2 *sexies* della disposizione citata) assegna al Tribunale di Sorveglianza di Roma la verifica della sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ciò non dovrebbe esimere il Collegio dal misurarsi con la giurisprudenza consolidata secondo la quale, per la verifica dei presupposti per la collaborazione impossibile (anche con riguardo a condanne ad ergastolo “ostativo”), deve farsi applicazione del principio dello scorporo delle pene ostative alla concessione dei benefici, che caratterizza il procedimento di sorveglianza (cfr. Trib. Sorv. Roma, 15.7.2008; 25.9.2009; Trib. Sorv. Venezia, 17.8.2016; 21.11.2017; Trib. Sorv. L'Aquila, 21.11.2017), senza pertanto considerare il segmento (di pena e/o cautela) riferibile a delitti ostativi di prima fascia, quando interamente espiato/decorso.

Infine (per limiti di tempo, non certo per ambiti di intervento), ed ancora in tema di regime differenziato (sul quale, pure, il Giudice delle leggi è stato nuovamente chiamato a pronunciarsi dalla Prima Sezione della Suprema Corte, con due distinte ordinanze del 29.5.2019, nn.43436 e 43437, in materia di divieto di scambio di oggetti

---

<sup>6</sup> Sulla quale, sia consentito un rimando a M. Passione, *La Consulta riallinea l'ordine di esecuzione e l'affidamento in prova: uno sguardo prospettico per nuovi e diversi scenari*, in Dir. Pen. e Proc., 1/2019; cfr. anche D. Vicoli, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte Costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 16 aprile 2018; 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, LXIII, 500-508.

<sup>7</sup> Volendo, si rinvia a M. Passione, *L'autopoiesi di legittimità*, in [www.dirittopenaleuomo.org](http://www.dirittopenaleuomo.org), 02.05.2019

tra detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità); com'è noto la Corte di Cassazione, Sez.I, con sent. n.51/2019, emessa il 9 gennaio 2019 (facendo seguito alla precedente n.2944/2018, del 27.6.2018), è intervenuta in materia di colloqui tra detenuti sottoposti al regime differenziato ed i Garanti locali, materia disciplinata dagli artt.18, comma 2, o.p. (come modificato dal D.L.vo n.123 del 2018) e 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett.b), o.p.

Con le sentenze citate, entrambe relative a ricorsi proposti avverso ordinanze emesse dal Tribunale di Sorveglianza di Sassari (condivise da analoghe decisioni dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia)<sup>8</sup>, la Corte di Cassazione ha stabilito che i colloqui con i Garanti locali non possano incidere su quello (unico mensile) con familiari e conviventi, ma siano comunque soggetti a provvedimento autorizzativo dell'Amministrazione e non fruibili con modalità riservate.

Sul punto, se è vero che anche la Legge delega n.103/2017 (art.1, comma 85) faceva salva la disciplina di cui al regime differenziato dalle proposte di riforma, non può non rilevarsi come il mancato computo del colloquio con i Garanti rispetto a quello dei congiunti evidenzia come lo stesso Giudice di legittimità non ha operato una lettura delle norme scrutinate per così dire “a rime obbligate”, pervenendo ad un risultato manipolativo della disciplina che lascia non poche perplessità. Ciò nonostante, il Tribunale di Sorveglianza di Sassari, in sede di rinvio, ha finito con l'adeguarsi alla delineata cornice di principio. E' questo, dunque, l'ultimo spunto di riflessione che si intende offrire. Prima di affrontarlo, merita però dar conto che il Tribunale di Sorveglianza umbro, con ordinanza del 29 marzo 2019, nei limiti dello spazio concessogli in sede di rinvio (“...il Tribunale di Sorveglianza, tuttavia, potrà considerare l'incidenza sulle conclusioni sopra rappresentate dalle modifiche dell'art.18 o.p., intervenute dopo la presente decisione, proprio avuto riguardo ai colloqui con i garanti dei detenuti, a seguito dell'entrata in vigore dell'art.11 d.lgs. 2 ottobre 2018, n.123”, ha affermato la Corte di Cassazione, Sez.I., nella sentenza n.3167/2018), ha ritenuto che la novella apportata all'art.18, comma 2, o.p. permettesse di mantenere in capo al Garante locale le prerogative equiparate al difensore, con ciò privilegiandosi una lettura non necessitante dell'incidente di costituzionalità, e dunque ha confermato la decisione oggetto di annullamento da parte della Suprema Corte. A dire il vero, pur dovendosi salutare con favore la pronuncia, deve rilevarsi come già prima della riforma il riferimento al “garante dei diritti dei detenuti”, originariamente contenuto nel comma 1 della norma *de qua*, dovesse riguardare i garanti locali, essendo stata introdotta detta figura, variamente declinata, ben prima (con L.n.14/2009) di quella del Garante nazionale, la cui introduzione nel nostro

---

<sup>8</sup> *Contra*, cfr. Mag. Sorveglianza Viterbo, 15.6.2017 e Trib. Sorveglianza di Roma, 20.4.2018, con nota di V. Manca, *41 bis e accesso ai colloqui con i Garanti territoriali: si impone il limite massimo di un incontro al mese, alternativo tra i familiari e terzi*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 5

ordinamento è avvenuta solo con il D.L. n.147/2013 (art.7), convertito con modificazioni dalla Legge n.10/2014.<sup>9</sup>

Tornando al tema del vincolo, viene in gioco la possibilità della questione di costituzionalità della disposizione che è chiamato ad applicare il Giudice del rinvio<sup>10</sup>, così come interpretata dalla Corte di Cassazione in sede di annullamento con rinvio, per il tramite del principio di diritto vincolante nella fase rescissoria (ex artt. 627, comma 3, c.p.p., 173, comma 2, att. c.p.p.).

A fronte di un consolidato e risalente (almeno a far data dalla sent. n.138 del 1977) orientamento costituzionale che ammette la possibilità del sindacato, la giurisprudenza di legittimità si è solo più di recente allineata all'insegnamento della Consulta; in precedenza<sup>11</sup>, si era (erroneamente) ritenuto che il vincolo ritenuto incostituzionale impingesse il giudizio dello stesso art.627, comma 3, del codice di rito, laddove invece<sup>12</sup> si sostiene (giustamente) che debba denunciarsi l'illegittimità della norma di cui deve farsi applicazione nel caso concreto, sospetta il contrasto con la Carta. La proposizione della *quaestio*, laddove non condivisa la lettura nomofilattica, costituisce “*l'unico mezzo a disposizione del giudice del rinvio per contestare la regola iuris che sarebbe costretto altrimenti ad applicare*”<sup>13</sup> Nè può dirsi che l'incidente di costituzionalità possa essere evitato laddove il principio di diritto costituisca espressione di un orientamento minoritario, o addirittura isolato, e (all'opposto) il discorso non muta neanche in caso di *revirement* ad opera delle Sezioni Unite<sup>14</sup>.

\* \* \*

### 3. Epilogo.

Non è possibile arrestarsi, in una *danza immobile*, di fronte agli interrogativi che il diritto penale pone all'interprete, ogni giorno, alla complessità di un quadro che si compone, o almeno dovrebbe, di spinte e contropunte, facendo prevalere le “regole” sui diritti fondamentali. Certo, il dialogo sui diritti non elimina la possibilità di conflitto, ma il controllo sulla pena deve anteporre i principi alle regole, non già piegandole o trascurandole, ma valorizzandole, per evitare che i primi siano relegati a limiti esterni, piuttosto che fondativi del diritto *sub iudice*. In fondo, è lo spirito che anima la CEDU, che esige (art.53) che i giudici nazionali utilizzino concetti e canoni

<sup>9</sup> Così sostengono L. Cesaris, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 9 febbraio 2018 e F. Urbinati, *Garanti territoriali e colloqui in regime differenziato: logica del sospetto o tutela dei diritti?*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2019, 508

<sup>10</sup> Cfr. V. Napoleoni – V. Manes, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, 164 sgg.

<sup>11</sup> Cass. 3.5.2006-30.5.2006, n.19103.

<sup>12</sup> Sent. Corte Cost. n.305/2008; ord. n.501/2000

<sup>13</sup> Cfr. sentt. n.204/2012, n.293/2013, n.270/2014; analogamente, ordd. n.11/1999, 314/1996, 113/2009

<sup>14</sup> Sul punto, da ultimo, cfr. sent. Corte Cost. n.25/2019, con la quale si è ribadito (cfr. sent.n.230/2012) che “*pure in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del diritto vivente, il giudice rimettente ha soltanto la facoltà, e non già l'obbligo di uniformarsi ad esso*”

interpretativi tipici della struttura dei diritti fondamentali. Un Diritto della Ragione, se non proprio e sempre della Giustizia.

Nessun Uomo è tutto nel gesto che compie; nel congedarci, ci affidiamo al monito di un Maestro del Diritto penale<sup>15</sup>, secondo il quale *“dovremmo evitare la trappola cognitiva di assumere in partenza la pena come principale e ineluttabile dimensione di senso cui orientare la nostra attività di riflessione e ricerca; al contrario, dovremmo lavorare guidati dall'idea che la pena non è lo scontato punto di partenza né di arrivo, ma costituisce essa stessa la vera questione”*

---

<sup>15</sup> G. Fiandaca, *Epilogo. Tra presente e futuro*, in [www.dirittopenaleuomo.org](http://www.dirittopenaleuomo.org), 13.11.2019