

Nella disordinata, e “rapsodica”, successione di fattispecie penali giusta cui è interdetto l’accesso ai benefici premiali penitenziari, il testo di cui all’art. 4-bis l. 26 luglio 1975, n. 354, recante “*Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*” (d’ora in innanzi, per acronimo, l. ord. penit.), si è arricchito, forse “labirinticamente”, di due commi, a numero d’ordine 1-*quater* e 1-*quinqües* (ancora di recente interpolati giusta la l. 19 luglio 2019, n. 69, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*”, il cosiddetto “Codice Rosso”), che così dispongono: “1-*quater*. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 583-*quinqües*, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqües*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqües*, 609-*octies* e 609-*undecies* del codice penale solo sulla base dei risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell’articolo 80 della presente legge. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano in ordine al delitto previsto dall’articolo 609-*bis* del codice penale salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata. 1-*quinqües*. Salvo quanto previsto dal comma 1, ai fini della concessione dei benefici ai detenuti e internati per i delitti di cui agli articoli 583-*quinqües*, 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all’articolo 600-*quater*.1, 600-*quinqües*, 609-*quater*, 609-*quinqües* e 609-*undecies* del codice penale, nonché agli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del medesimo codice, se commessi in danno di persona minorenni, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all’articolo 13-*bis* della presente legge”.

Sgombriamo subito il campo da facili, ma rovinosi, equivoci. Benché venutisi ad “innestare” nel contesto di cui all’art. 4-*bis* l. ord. penit. i commi di cui *supra*, non fosse altro che per l’impossibilità edittale di ricorso alla pena detentiva perpetua, nulla hanno a che vedere con la *vexata quaestio* del cosiddetto ergastolo ostativo (anzi, ad ancor meglio riflettere, quella abusata locuzione, perlomeno nella sua omnicomprensività, neppure parrebbe più adattarsi a quanto colà descritto giusta il “vorticoso” succedersi normativo che ha “disancorato” le “ostatività” ivi contemplate dal ricorso sanzionatorio al “fine pena mai”). Oggi è allora più funzionale ad un tentativo di sistematizzazione di

quel “turbine” disciplinare ragionare in termini di presunzioni: una prima, di cui a reati presuntivamente di maggiore intensità, vincibile a fronte dell’acquisizione di elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica od eversiva; una seconda, ad oggetto reati pur sempre di significativa afflittività ma “minore” rispetto a quelli di cui alla “fascia” testé indicata, superabile purché non si riscontrino elementi tali da fare ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità associativa *de qua* (giusta un onere probatorio attenuato, di tal che); una terza, da ultimo, ad oggetto reati specifici, per così dire “scabrosi”, che attentano alle libere opzioni disponibili nella sfera dell’intimità sessuale, a prescindere dal fatto che i soggetti passivi dei medesimi siano maggiori o minori di età, i cui autori possono fruire dei benefici penitenziari solo nella misura in cui i risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente *intra moenia* per almeno un anno garantiscano esito positivo sull’evoluzione di quell’ultima. *Interdictiones* tutte relative, pertanto, ma che muovono da *rationes* diverse. Laddove le prime due “cospirano” a recidere ogni legame con la criminalità organizzata, la terza, invece, riconduce all’esigenza e trova giustificazione nell’obiettivo di assicurare una verifica completa della personalità del reo e di valutare il percorso riabilitativo di coloro che, con termine ormai invalso, vengono a qualificarsi come *sex offenders*.

Ebbene: proprio con riguardo a quest’ultima prospettiva, di recente (Cass., Sez. I, 18 marzo 2022, n. 9228) l’organo di “vertice” dell’ordinamento giudiziario è stato “invitato” a pronunciarsi sul fatto se sussistano equipollenti all’osservazione inframuraria di cui ai commi 1-*quater* e 1-*quinqües* dell’art. 4-*bis* l. ord. penit. giusta il fatto che il ricorrente era stato coinvolto, con esito interlocutoriamente affermativo, in un percorso psico-rieducativo per “uomini maltrattanti”, fra l’altro di durata superiore all’anno, in un contesto extra penitenziario.

Il giudice di legittimità, in un prodotto dalla motivazione lapidaria, quasi apodittica oseremmo dire, esso limitandosi ad evocare precedenti – nondimeno “quota-parte” di un orientamento consolidato – dispone che non è dato riscontrare surroga alcuna: “in tema di misure alternative alla detenzione in favore dei condannati per reati di violenza sessuale, il giudizio favorevole alla concessione dei benefici deve essere espresso esclusivamente sulla base dell’osservazione scientifica della personalità, svolta per un anno e condotta collegialmente, che non ammette equipollenti, in quanto solo tale

valutazione consente il superamento della presunzione di pericolosità prevista per determinate categorie di delitti”. Venendone che “i condannati per il reato di violenza sessuale aggravata di cui all’art. 609-ter cod. pen., pur quando sia stata riconosciuta la circostanza attenuante di cui all’art. 609-bis, ultimo comma, cod. pen., per poter beneficiare di misure alternative alla detenzione devono essere sottoposti all’osservazione scientifica della personalità, condotta collegialmente, per almeno un anno”. Una visione particolarmente “arcigna” se solo si mostri compiacenza di osservare come, in uno dei *leading cases* evocati, ci si affrettasse a soggiungere come “correttamente i giudici di merito avessero escluso l’equiparabilità alla predetta osservazione scientifica dei colloqui psicologici somministrati al detenuto mentre era sottoposto a custodia cautelare per il reato di cui alla pena in espiazione, in quanto esclusivamente volti a supportare il medesimo nella carcerazione e non a delinearne la personalità rispetto al reato” (v. Cass., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 12138). Di *default* con ciò ribadendosi l’infungibilità assoluta dell’osservazione scientifica della personalità condotta *in executivis*.

Al di là di quanto precede ciò che maggiormente “stimola” il commentatore riconduce ad un secondo motivo di ricorso giusta il quale veniva a proporsi una *quaestio de legitimitate* ad oggetto l’art. 4-bis, comma 1-*quater*, per asserito contrasto con l’art. 27 (nel testo della pronuncia erroneamente “editato” come 17), comma 3, Cost., “nella parte in cui non consente l’ammissione al beneficio dell’affidamento in prova al servizio sociale” (trattasi del *quid* reclamato dall’anonimo ricorrente di cui alla sentenza n. 9228 di nostro interesse) “al condannato che abbia svolto da libero un percorso psico-rieducativo rispondente ai requisiti di cui all’art. 13-bis ord. pen. con esito favorevole, e che sia stato altresì sottoposto all’osservazione scientifica della personalità per un tempo apprezzabile ma inferiore ad un anno” (il corsivo è nostro) quando l’esito della osservazione scientifica dia atto della buona e partecipativa condotta e dell’avvio di una riflessione critica in merito ai reati in contestazione pur ritenendo necessaria la prosecuzione di un percorso terapeutico individuale”. Anche qui frettolosa la risposta; anche qui ricorso allo *stare decisis* (regola del precedente: “è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4-bis, commi 1-*quater* e 1-*quinquies*, della legge 26 luglio 1975, n. 354, in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., laddove prevedono che i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per il

delitto previsto dall'art. 609-*quater* cod. pen. solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno e che, ove il reato sia commesso in danno di persona minorenni, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui al successivo art. 13-*bis*, in quanto la fissazione di un termine minimo di osservazione, maggiore rispetto a quanto previsto per gli altri condannati, è volta ad assicurare una verifica completa della personalità del reo e la valutazione del percorso riabilitativo trova giustificazione nella finalità rieducativa del vincolo” (così Cass., Sez. I, 11 agosto 2020, n. 23822).

Ciò che ancor più incuriosisce, pur tuttavia, sta nel fatto che, a stretto “giro di posta” dal *decisum* di cui alla Corte di cassazione, la Corte costituzionale (cfr. Corte cost., 15 febbraio 2022, n. 33) ha “fornito seguito” ad un quesito di legittimità costituzionale, se non identico di certo in parziale coincidenza con quanto oggetto della nostra indagine, giusta cui gli “ermellini” (*honni soit qui mal y pense*) neppure danno atto di avvedersi. Vediamone allora i tratti distintivi.

Nella vicenda portata all'attenzione della Consulta l'organo rimettente – il Tribunale di sorveglianza di Messina – denunciava la non conformità al precetto fondamentale dell'art. 4-*bis*, comma 1-*quater* l. ord. penit., per una pluralità di motivi. *In primis* veniva ad essere violato l'art. 3 Cost. alla luce della rigidità del parametro temporale (osservazione scientifica della personalità *in executivis* quantomeno per un anno) come fissato dal legislatore: “[t]ale previsione apparirebbe irragionevole, specie nelle ipotesi in cui la pena residua da espiare sia inferiore a un anno, essendo ben possibile che un'attenta e scrupolosa osservazione per un tempo più ridotto sia sufficiente a studiare la personalità del condannato per reato sessuale e a formulare un giudizio circa l'idoneità o meno di una misura alternativa a rieducare il reo e a prevenire il rischio della commissione di reati. Affinché il dettato costituzionale possa ritenersi rispettato, la durata dell'osservazione necessaria per l'ammissione al beneficio dovrebbe essere legata all'effettiva personalità del reo, in relazione alla quale un anno potrebbe rivelarsi in alcuni casi un tempo eccessivamente lungo, in altri un tempo adeguato o ancora troppo breve... Proprio in base ai risultati dell'osservazione si redige il programma di trattamento, la cui prima formulazione deve avvenire entro sei mesi dall'inizio dell'esecuzione. Per i reati diversi da quelli sessuali indicati dall'art. 4-*bis*,

comma 1-*quater*, ordin. penit., il legislatore ha, quindi, scelto di non predeterminare un termine minimo rigido, sul presupposto che la durata dell'osservazione è strettamente e fisiologicamente legata alla «storia» del soggetto: anzi, ha indicato un termine massimo di sei mesi per evitare che un'osservazione troppo lunga possa incidere negativamente sul percorso di trattamento del detenuto, impedendogli di ottenere un programma funzionale al reinserimento. Sul punto, l'irragionevolezza della norma censurata determinerebbe, quindi, anche una disparità di trattamento tra i cosiddetti «*sex offenders*» e gli autori di altri reati, anche di particolare allarme sociale, per i quali è possibile accedere alle misure alternative sulla base di un'osservazione scientifica della personalità legata all'effettivo «profilo» del condannato». I rigidi automatismi preclusivi, *id est*, «le presunzioni assolute debbono ritenersi arbitrarie e irrazionali ove non fondate sull'*id quod plerumque accidit*, ossia su dati di esperienza generalizzati, e quindi nelle ipotesi in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione. Nella specie, sarebbe ben possibile che un'osservazione della personalità dell'autore di un reato sessuale condotta per un tempo inferiore a un anno sia sufficiente per tratteggiare il «quadro personologico» del soggetto e per stabilire se lo stesso debba avviare un percorso di trattamento extramurario. Ciò, salvo che si intenda assegnare alla presunzione assoluta in questione un carattere meramente afflittivo».

Il che, laddove così fosse, determinerebbe altresì un contrasto con l'art. 27 Cost. «La funzione rieducativa della pena verrebbe, infatti, compromessa dalla rigida soglia temporale fissata dal legislatore, specie quando il condannato debba espiare una pena inferiore a un anno di reclusione. In questi casi, soltanto un vaglio nel merito, previa osservazione della personalità di congrua durata, consentirebbe di individuare la modalità di espiazione della pena in concreto più idonea a rieducare il reo. L'inevitabile espiazione della pena in regime carcerario – per almeno un anno, o dell'intera pena, quando questa sia inferiore a un anno – potrebbe quindi avere un'efficacia meramente afflittiva, con soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale, sacrificando però la funzione rieducativa e di recupero del condannato cui la pena deve aspirare, anche se inflitta nei confronti di autori di reati particolarmente gravi, quale la violenza sessuale».

Argomenti «solidi» o, quantomeno, *not frivolous* ai quali, nondimeno, la Consulta ha «gioco facile» nel rispondere evidenziando un *deficit* nella *quaestio* in punto

rilevanza. Il giudice *a quo*, difatti, nel valutare il residuo di pena da eseguire a destinatario un soggetto condannato, in cumulo, per una pluralità di reati – nella *tranche de vie* portata all’attenzione della Corte sequestro di persona aggravato, lesioni personali aggravate, violenza sessuale aggravata l’ultimo dei quali si mostrava di “ostacolo” alla concessione dei benefici *ex art. 4-bis*, comma 1-*quater*, l. ord. penit. – aveva ommesso di imputare quella modesta “frazione” (nello specifico, due anni e diciotto giorni) ad uno piuttosto che ad un altro fra i reati in concorso. Per costante giurisprudenza di legittimità, nelle evenienze *de quibus*, si dovrà invero procedere allo “scioglimento” del cumulo venendone l’impedimento alla fruizione dei benefici penitenziari laddove l’interessato avesse già espiato la “quota-parte” di pena relativa ai cosiddetti reati ostativi (con il corollario che deve ritenersi “scontata” per prima la pena di maggiore “afflizione” per il condannato ovvero proprio quella riferibile a questi ultimi reati). Esito obbligato, dunque, giacché le questioni “sarebbero ... prive di rilievo ove la frazione di pena ancora da scontare fosse imputabile ai soli reati non ostativi”: pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza ma, si badi bene, non di manifesta infondatezza il che farebbe presumere che, a fronte di un vaglio di prima delibazione meglio “orientato” di futuri, ipotetici, giudici *a quibus*, la Corte costituzionale ben potrebbe mostrarsi più “possibilista”.

Detto “spiraglio aperturista” pare maggiormente rispettoso di una realtà composita che il rigido formalismo sottoscritto dall’annotato intervento del giudice di legittimità: i *sex offenders*, a tacer d’altro, non rappresentano di certo una “massa” indistinta ed uniforme di *perpetrators* di modo che la richiesta osservazione della personalità dovrebbe “calarsi” sulle singole individualità, ognuna con i suoi tratti distintivi e con le sue complessità, in luogo dell’essere “ingabbiata” in pre-definite scansioni temporali (a tale riguardo emblematico il progetto *CONSCIOUS*, cofinanziato dall’Unione Europea, e gli esiti in quel contesto osservati in tema di *risk assessment* e di prevenzione della recidivanza); d’altro canto una metodica siffatta – osservazione tipologicamente individualizzata con altresì valorizzazione delle progettualità esterne al carcere – avrebbe il pregio di “emancipare” il *sex offender* ristretto *in vinculis* da un vissuto quotidiano monotono e ripetitivo, da un “girare a vuoto” non costruttivo che finirebbe per azzerare ogni partecipazione fattiva a percorsi riabilitativi intramurari (e tutto ciò a

prescindere dalla dura legge carceraria di reazione all'ingresso in "gabbio" dell'autore di reati sessuali).

A tali esigenze non fa riscontro adeguata sensibilità ad opera del patrio riformatore. Né il testo unificato a seguito delle proposte di legge C. 1951, 3106 e 3184 in tema di adeguamento dell'art. 4-*bis*, l. ord. penit., alle indicazioni provenienti dall'ordinanza n. 97 del 2021 del giudice di legittimità delle leggi (cfr. Corte cost., 10 maggio 2021, n. 97) né, *above all*, la "Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario" di nomina ministeriale (cosiddetta Commissione Ruotolo, dalle generalità del Presidente) mostrerebbero di farsi carico delle summenzionate criticità. Nel dettaglio le innovazioni suggerite da quest'ultima, i cui lavori si sono conclusi in data 31 dicembre 2021, si limitano ad un minimo *restyling* del testo dell'art. 13-*bis* l. ord. penit. – in corsivo il *novum* proposto [(Trattamento psicologico per i condannati per reati sessuali, per maltrattamenti contro familiari o conviventi e per atti persecutori). - 1. Le persone condannate per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*undecies* del codice penale nonché agli articoli 572, 583-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*octies* e 612-*bis* del medesimo codice, possono sottoporsi a un trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno. La partecipazione a tale trattamento è valutata ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1-*quinquies*, della presente legge ai fini della concessione dei benefici previsti dalla medesima disposizione. È garantita la possibilità di accedere a tale trattamento in istituto penitenziario, all'interessato che lo richieda. 1-*bis*. Le persone condannate per i delitti di cui al comma 1 possono essere ammesse a seguire percorsi di reinserimento nella società e di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati, organizzati previo accordo tra i suddetti enti o associazioni e gli istituti penitenziari] senza punto incidere sui contenuti di riferimento di cui all'art. 4-*bis* l. 354/75.

Forse poco ma, forse, inevitabilmente giacché ben altre parrebbero le priorità da soddisfare.