

La nuova fisionomia dell'ergastolo ostativo: un dialogo tra Corti. Fine pena mai

magistraturaindipendente.it/la-nuova-fisionomia-dellergastolo-ostativo-un-dialogo-tra-corti-fine-pena-mai.htm

PENALE

Penale

mercoledì, 11 marzo 2020

Adriana Blasco, Sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano

Sommario: 1. Premessa - 2. La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa, a seguito di ricorso nr. 77633/16, nel caso Viola c. Italia - 2.1 (segue) Inquadramento sistematico del cosiddetto <ergastolo ostativo>. - 2.2 (segue) La struttura dell'art. 4 bis O.P. - 2.2.1 (segue). La prima versione - 2.2.2 (segue). La seconda versione - 2.2.3 (segue). La terza versione - 2.2.4 (segue). L'espansione dei confini dell'art. 4 bis O.P. - 2.2.5 (segue). Le originarie posizioni della Corte Costituzionale sull'art. 4 bis O.P. - 2.3 (segue) Il fatto da cui è scaturito il ricorso Viola c. Italia. - 2.4 (segue) Le motivazioni della sentenza resa dalla Corte di Strasburgo. - 2.5 (segue) Le reazioni all'indomani della sentenza. - 2.6 (segue) Gli effetti che potranno conseguire alla sentenza. - 2.7 (segue) Gli echi della decisione della Corte. - 3. La sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019 - 3.1 (segue) Premessa - 3.2 (segue) Il fatto da cui è scaturita la questione di costituzionalità - 3.3 (segue) Le motivazioni della sentenza - 3.3.1 (segue) Premessa - 3.3.2 (segue) Il percorso motivazionale seguito dalla Corte - 3.4 (segue) Gli effetti che potranno conseguire alla sentenza - 4. La sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018 - 4.1 (segue) Le disposizioni normative coinvolte nella censura di costituzionalità - 4.2 (segue) Il fatto da cui è scaturita la questione di costituzionalità - 4.3 (segue). Il percorso motivazionale seguito dalla Corte - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Gli esiti dei più recenti interventi giurisprudenziali - banalmente etichettati, non senza approssimazione, come quelli che avrebbero significativamente eroso l'istituto del cosiddetto ergastolo ostativo - ci consegnano una realtà giudiziaria significativamente modificata sotto il profilo del regime delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari nei casi di condanna per reati ostativi e un panorama normativo che vede la sostanziale erosione dell'istituto della collaborazione con la giustizia, che, sin dall'entrata in vigore del decreto legge 19 maggio 1991, nr. 152, ha assunto un ruolo centrale nell'economia dell'istituto dell'art. 4 bis della legge 26 luglio 1975, nr. 354 [recante *Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (di seguito denominato O.P.)].

Oggetto del presente contributo intende essere essenzialmente il commento a tre tra le più discusse pronunzie giurisprudenziali che, di recente, hanno scrutinato, ancorché a vario titolo, la compatibilità di alcune norme del complesso sistema delle preclusioni

all'accesso ai benefici penitenziari nei casi di condanna per reati ostativi con taluni principi sia della Costituzione della Repubblica Italiana, che della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Le pronunzie in questione sono le seguenti:

Ø la sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018, resa a seguito dell'udienza pubblica del 20-6-2018, depositata il 11-7-2018 e pubblicata sulla G.U. del 18-7-2018 nr. 29, che ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P.,[1] nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 del codice penale (di seguito c.p.) e per il delitto di cui all'art. 289 *bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato;

Ø la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa, a seguito di ricorso nr. 77633/16, nel caso *Viola c. Italia*, che ha affermato che la pena dell'ergastolo ostativo, applicata al condannato per taluno dei delitti indicati nell'art. 4 *bis* c. 1 O.P.[2] contrasta con l'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, poiché la presunzione assoluta di incompatibilità dell'ergastolano rispetto ai benefici penitenziari, salva la collaborazione di quest'ultimo con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento penitenziario,[3] limita eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di un riesame della sua pena;

Ø la sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019, resa a seguito dell'udienza pubblica del 22-10-2019, depositata il 4-12-2019 e pubblicata sulla G.U. del 11-12-2019 nr. 50, che ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P., nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416 *bis* c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste nonché ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli di cui all'art. 416 *bis* c.p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento penitenziario, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

2. La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa, a seguito di ricorso nr. 77633/16, nel caso *Viola c. Italia*.

Si ritiene opportuno avviare la presente riflessione - non fosse altro che per il clamore da cui è stata accompagnata - con il commento alla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa, a seguito di ricorso nr. 77633/16, nel caso *Viola c. Italia*.

Si tratta della pronunzia giurisprudenziale che è nota per aver affermato l'incompatibilità dell'ergastolo ostativo con le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (di seguito CEDU), e segnatamente con l'art. 3.[4]

2.1 (*segue*) Inquadramento sistematico del cosiddetto <ergastolo ostativo>.

Appare utile, in apertura del presente contributo, chiarire che l'*ergastolo ostativo* è una tipologia di pena non prevista dal codice penale, dal momento che si tratta, piuttosto, di una figura che nasce dal connubio applicativo che salda la disposizione del codice penale ove è contemplato l'ergastolo comune [art. 22 c.p.][5] alla norma dell'art. 4 *bis* c. 1 e c. 1 *bis* O.P., introdotta nel corpo dell'ordinamento penitenziario varato nel 1975 dall'art. 1 del decreto legge 19 maggio 1991, nr. 152 [recante *provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*] convertito con modifiche nella legge 12 luglio 1991, nr. 203 e successivamente modificata dall'art. 15 del decreto legge 8 giugno 1992, nr. 306 [recante le note *modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa* varate all'indomani della strage di *Capaci*] convertito con modifiche nella legge 7 agosto 1992 nr. 356, per effetto del quale ha assunto un ruolo centrale nell'economia dell'istituto la collaborazione con la giustizia disciplinata dall'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento penitenziario.

Per i delitti ostativi indicati nella norma penitenziaria, la condanna [all'ergastolo come anche a pena detentiva temporanea] non consente, in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* O.P., l'accesso ai benefici penitenziari ivi richiamati [quindi l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, le misure alternative alla detenzione e, ai sensi della legge nr. 203/1991, la liberazione condizionale], fatta eccezione per il beneficio della liberazione anticipata che, tuttavia, nel caso in cui venga comminata condanna alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti ostativi previsti dall'art. 4 *bis* O.P., non ha alcun effetto pratico su una pena che è condanna perpetua e immutabile: una pena (efficacemente definita) fino alla morte.

2.2 (segue) La struttura dell'art. 4 *bis* O.P.

Se la figura dell'ergastolo ostativo nasce dal connubio applicativo che salda l'art. 22 c.p. alla norma dell'art. 4 *bis* c. 1 e c. 1 *bis* O.P., non ci si può esimere dunque dal fare richiamo, all'interno del presente contributo, alla struttura del medesimo art. 4 *bis*.

Per richiamare le parole della Corte Costituzionale [il riferimento è alla sentenza nr. 253/2019], sono «fin troppo note le ragioni di politica criminale che indussero il legislatore dapprima a introdurre e poi a modificare, secondo una linea di progressivo inasprimento, l'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, nr. 354» [così testualmente la sentenza nr. 68 del 1995 della medesima Corte], riversando così tali ragioni all'interno dell'ordinamento penitenziario e dell'esecuzione della pena: l'obiettivo dichiarato del legislatore con il decreto legge nr. 152/1991 fu quello di rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata, attraverso una serie di modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, rispetto all'impianto di favore su cui aveva inciso in profondità, soltanto qualche anno prima, la legge 10 ottobre 1986, nr. 663 [recante *Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà*], più nota come legge *Gozzini*, introducendo - appunto per effetto dell'art. 4 *bis* - un sistema di preclusioni all'accesso a determinati benefici, applicabile ai condannati per particolari delitti.

2.2.1 (segue). La prima versione.

Nella prima versione – quella introdotta dall'art. 1 del decreto legge nr. 152/1991, come convertito – l'art. 4 *bis* O.P. prevedeva due distinte “fasce” di condannati, a seconda della riconducibilità, più o meno diretta, dei titoli di reato a fatti di criminalità organizzata o eversiva.

Per i reati “di prima fascia” – comprendenti l'associazione di tipo mafioso, i relativi “delitti-satellite”, il sequestro di persona a scopo di estorsione e l'associazione finalizzata al narcotraffico – l'accesso a taluni benefici previsti dall'ordinamento penitenziario era possibile, alla stregua di un parametro probatorio particolarmente elevato, solo se fossero stati acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». Per i reati “di seconda fascia” - quelli per i quali [per richiamare ancora una volta le parole della Corte Costituzionale (sentenza nr. 149 del 2018)] «le connessioni con la criminalità organizzata erano, nella valutazione del legislatore, meramente eventuali» (omicidio, rapina ed estorsione aggravate, nonché produzione e traffico di ingenti quantità di stupefacenti) - si richiedeva, in termini inversi dal punto di vista probatorio, l'insussistenza di elementi tali da far ritenere attuali detti collegamenti.

Accanto a questa distinzione di fondo, rispetto poi a tutti i condannati per tutti i delitti menzionati nell'art. 4 *bis* O.P. [indipendentemente dal loro inserimento nella prima o nella seconda fascia], il legislatore del 1991 introdusse una serie di soglie temporali rigide per l'accesso ai benefici ivi richiamati, a meno che non si trattasse di persone che avevano collaborato con la giustizia, secondo la nuova previsione dell'art. 58 *ter* O.P. che lo stesso decreto legge nr. 152/1991, come convertito, aveva introdotto nella legge penitenziaria del 1975.

In questa prima fase, dunque, il trattamento di maggior rigore per i condannati per reati di criminalità organizzata veniva realizzato su due piani, fra loro complementari. Come spiega efficacemente la stessa Corte Costituzionale [il riferimento è alla sentenza nr. 68 del 1995] da un lato «si stabiliva, quale presupposto generale per l'applicabilità di alcuni istituti di favore, la necessità di accertare (alla stregua di una graduazione probatoria differenziata a seconda delle “fasce” di condannati) l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva; dall'altro, si postulava, attraverso l'introduzione o l'innalzamento dei livelli minimi di pena già espiata, un requisito specifico per l'ammissione ai singoli benefici, fondato sulla necessità di verificare per un tempo più adeguato l'effettivo percorso di risocializzazione di quanti si fossero macchiati di delitti iscrivibili nell'area della criminalità organizzata o eversiva. Requisito, a sua volta, dal quale il legislatore riteneva di poter prescindere in tutti i casi in cui fosse lo stesso condannato a offrire prova dell'intervenuto distacco dal circuito criminale attraverso la propria condotta collaborativa».

2.2.2 (*segue*). La seconda versione.

Subito dopo la strage di Capaci del 23 maggio 1992, si produce un evidente mutamento di prospettiva, nettamente ispirato a finalità di prevenzione generale e di tutela della sicurezza collettiva.

L'art. 15 del decreto legge nr. 306/1992, apporta decisive modifiche all'art. 4 *bis* O.P.: per quel che più direttamente interessa, nei confronti dei condannati per i reati appartenenti alla prima "fascia", venne stabilito che l'accesso ai benefici ivi previsti, a eccezione della liberazione anticipata, potessero essere concessi solo nei casi di collaborazione con la giustizia.

Divengono, dunque, marginali i diversi parametri probatori alla cui stregua condurre l'accertamento circa la permanenza, nel condannato che aspira ai benefici penitenziari, di legami con la criminalità organizzata e acquisisce invece risalto esclusivo una condotta - quella della collaborazione con la giustizia - assunta come la sola idonea a dimostrare, per *facta concludentia*, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti. Per richiamare ancora una volta le osservazioni della Corte Costituzionale [il riferimento è alla sentenza nr. 68 del 1995] si passa «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), a un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)».

Come mette in luce nuovamente la Corte Costituzionale [sentenza nr. 239 del 2014], la nuova disciplina poggia insomma sulla presunzione legislativa che la commissione di determinati delitti dimostri l'appartenenza dell'autore alla criminalità organizzata, o il suo collegamento con la stessa, e costituisca, quindi, un indice di pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione del condannato a benefici penitenziari di natura extramuraria. La scelta di collaborare con la giustizia viene correlativamente assunta come la sola idonea a rimuovere l'ostacolo alla concessione dei benefici indicati, in ragione della sua valenza "rescissoria" del legame con il sodalizio criminale.

Si coniuga a ciò l'obiettivo di incentivare, per evidenti ragioni investigative e di politica criminale, la collaborazione con la giustizia dei soggetti appartenenti o "contigui" ad associazioni criminose, tanto che parallelamente il nuovo art. 58 *ter* O.P. stabilì, in chiave premiale, che - in caso di collaborazione con la giustizia da parte del detenuto - le soglie temporali originariamente previste dall'art. 4 *bis* non dovessero più trovare applicazione, con conseguente ri-espansione della disciplina generale relativa a ciascun beneficio.

Per converso, la mancata collaborazione con la giustizia fonda la presunzione assoluta che i collegamenti con l'organizzazione criminale siano mantenuti e attuali, ricavandosene la permanente pericolosità del condannato, con conseguente inaccessibilità ai benefici penitenziari normalmente disponibili agli altri detenuti.

2.2.3 (*segue*). La terza versione.

Da ultimo, recependo le indicazioni della Corte Costituzionale [espresse nelle sentenze nr. 68 del 1995, nr. 357 del 1994 e nr. 306 del 1993], il comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* O.P. ha esteso la possibilità di accesso ai benefici ai casi in cui un'*utile* collaborazione con la giustizia risulti *inesigibile*, per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna, ovvero *impossibile*, per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con la sentenza irrevocabile, nonché ai casi in cui la collaborazione offerta dal condannato si riveli «*oggettivamente irrilevante*», sempre

che, in questa evenienza, sia stata applicata al condannato taluna delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, numero 6), 114 o 116 c.p. e a condizione che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

2.2.4 (*segue*). L'espansione dei confini dell'art. 4 *bis* O.P.

Orbene, se per un verso l'assetto dell'art. 4 *bis* O.P. delineato dai provvedimenti dei primi anni novanta del secolo scorso è stato, anche per effetto di plurimi interventi della Corte Costituzionale, progressivamente modificato, nel tempo, da una serie di riforme e di pronunzie che ne hanno mutato l'architettura complessiva, va dato parimenti atto di successivi interventi legislativi che ne hanno ampliato progressivamente l'ambito di operatività con l'innesto di numerose altre fattispecie criminose ritenuti fondanti la presunzione legale di pericolosità sociale.

In virtù di varie scelte di politica criminale, non sempre tra loro coordinate, ma certamente accomunate da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti, l'art. 4 *bis* O.P. ha così progressivamente allargato i propri confini.

Senza pretesa di esaustività, va detto che si è proceduto a inserire progressivamente nella complessa architettura della disposizione i reati associativi finalizzati alla commissione di delitti contro libertà individuale e alla commissione di reati di violenza sessuale, le associazioni finalizzate al contrabbando, le associazioni finalizzate alla immigrazione clandestina, le ipotesi di tratta, riduzione in schiavitù, acquisto o alienazione di schiavi, le ulteriori ipotesi di prostituzione minorile e pornografia minorile, di violenza sessuale di gruppo, i reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e, da ultimo, anche i reati contro la pubblica amministrazione [per effetto della legge 9 gennaio 2019, nr. 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*», diversamente nota con il termine sventurato (ma sintomatico dell'approccio del legislatore) di <spazzacorrotti>].

Ciò che ha determinato, secondo autorevoli opinioni espresse in dottrina, la difficoltà di rintracciare nella sequenza accrescitiva dell'art. 4 *bis* O.P. un chiaro criterio selettivo capace di esprimere la ragionevolezza intrinseca della disposizione, aspetto di cui vi è traccia nella stessa espressione utilizzata dalla Corte Costituzionale nella decisione nr. 32 del 2016, ove l'elenco dei reati da cui deriva la presunzione legale di pericolosità viene definito <complesso, eterogeneo, stratificato>.

Quel che è certo è che la disposizione in esame si è clamorosamente allontanata dall'originario modello di tutela della collettività dalla drammatica aggressività del fenomeno mafioso degli anni '90 e - da strumento selettivo per la prevenzione della criminalità organizzata - ha assunto le funzioni di norma contenitore di fattispecie che di volta in volta sono state ritenute espressive di un consistente livello di pericolosità dell'autore, con prevalenza delle finalità di prevenzione generale rispetto alle esigenze di individualizzazione del trattamento esecutivo.[6]

A oggi la disciplina, articolata su più commi, prevede tre diverse fasce di reati i cui autori subiscono significative limitazioni nell'accesso ai diversi benefici penitenziari, dal momento che la fruizione di detti benefici è subordinata alla ricorrenza di rigorosi requisiti.

Il dibattito giuridico e dottrinario, fin dall'entrata in vigore della norma, si è concentrato soprattutto sulle fattispecie delittuose rientranti nella c.d. prima fascia: i soggetti condannati [a pena temporanea o perpetua] sulla base delle variegata norme incriminatrici ivi delineate si vedono infatti precluso, in via assoluta, l'accesso ai benefici ivi richiamati dall'art. 4 *bis* O.P., salvo qualora collaborino efficacemente con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento penitenziario.

Dalla struttura della norma consegue ulteriormente che, nel caso in cui venga irrogata condanna a pena perpetua per una delle fattispecie ricomprese nei c.d. reati di prima fascia,[7] l'ergastolo irrogato sulla base di queste figure delittuose, fatta salva l'ipotesi del pentitismo utile a norma dell'articolo 58 *ter* O.P., assume i tratti di una pena a vita, di una sanzione che dura davvero fino alla morte.[8]

2.2.5 (*segue*). Le originarie posizioni della Corte Costituzionale sull'art. 4 *bis* O.P.

Come è noto, fin dalla sua originaria introduzione, l'art. 4 *bis* O.P. ha suscitato significativi dubbi di compatibilità con i principi di ragionevolezza e di rieducazione discendenti dagli articoli 3 e 27 comma 3 della Costituzione.

Le preoccupazioni della dottrina non hanno tuttavia mai fatto breccia nelle aule parlamentari [con la sola eccezione per i tramontati progetti di legge di cui si dirà nel corso del presente contributo], né sui banchi della Consulta, la quale – pur avendo espresso incertezze sulla ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore[9] – ha respinto ogni censura, sul presupposto che la disciplina <subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia che è rimessa alla scelta del condannato>, <non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio e non si pone, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27 terzo comma Cost.> [così Corte Cost. sentenza nr. 306/1993] e ha, quindi, salvaguardato dalle prospettate censure di legittimità Costituzionale la disciplina dell'ergastolo, sia di quello comune che di quello ostativo.

E infatti, se in linea generale con riferimento alla disciplina dell'ergastolo comune con la sentenza 21 novembre 1974, nr. 264, la Corte ha rilasciato alla pena dell'ergastolo una patente di legittimità[10] che si sarebbe rivelata assai duratura, con la sentenza 9 aprile 2003, nr. 135, la Corte ha esteso la medesima patente di legittimità all'ergastolo 'ostativo', affermando, per un verso, che esso cristallizza una valutazione presuntiva di pericolosità sociale che può essere superata soltanto dalla collaborazione con la giustizia, e, dall'altro, che la natura perpetua di quella pena non risiede in un vizio strutturale della stessa, bensì nella scelta del condannato, sempre libera e reversibile, se collaborare o meno con la giustizia, provando in tal modo il distacco dall'organizzazione mafiosa di appartenenza. In definitiva, con la sentenza 9-24 aprile 2003, nr. 135, la Corte ha ribadito che l'art. 4 *bis* O.P. non contrasterebbe né con il principio di ragionevolezza né con quello di rieducazione, in quanto l'irrigidimento dei benefici penitenziari sarebbe interamente

riconducibile a una libera scelta del condannato, che può decidere, senza alcun condizionamento, se assumere una condotta collaborativa e vedersi così riaprire le porte del carcere. Per la Corte Costituzionale, la collaborazione assurge quindi a indice legale e sintomatico <della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria [...], per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato, a cui la legge subordina [...] l'ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici previsti dall'ordinamento penitenziario> [così Corte Costituzionale, sentenza 5-20 luglio 2001, nr. 273].[\[11\]](#)

In definitiva, può dirsi, conclusivamente, che la Corte Costituzionale non ha mai <contrastato frontalmente l'ergastolo, ma ha cercato di ampliare a più riprese gli spazi di quegli istituti penitenziari idonei a offrire all'ergastolano una prospettiva di reinserimento sociale>.[\[12\]](#)

2.3 (*segue*) Il fatto da cui è scaturito il ricorso *Viola c. Italia*.

Nel sopra descritto contesto normativo e giurisprudenziale è intervenuta la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa a seguito di ricorso nr. 77633/16 nel c.d. *caso Viola c. Italia*.[\[13\]](#)

Qual è il fatto da cui è scaturito il ricorso?

Il ricorrente, Marcello Viola - capo e promotore della cosca *Taurianova* - sin dal 2004 era stato condannato in via definitiva all'ergastolo con isolamento diurno per due anni e due mesi e risultava ininterrottamente detenuto dal 1992. Tra i capi d'imputazione figurava [tra gli altri] anche la partecipazione a un'organizzazione di stampo mafioso ex art. 416 *bis* c.p., aggravata dal ruolo apicale che il reo aveva assunto all'interno del clan; essa si aggiungeva, oltre alla commissione di quattro omicidi avvenuti il 3-5-1991 [nel c.d. <venerdì nero> di Taurianova], anche la consumazione di una serie di ulteriori reati aggravati dal cosiddetto metodo mafioso: tutte ipotesi di delitto che - rientrando appieno tra i delitti della prima fascia come delineati dall'art. 4 *bis* O.P. - rendevano tale pena ostativa alla concessione di qualunque beneficio penitenziario. Un ergastolano ostativo, dunque, che rifiutandosi di collaborare con la giustizia - per essersi da sempre professato innocente e per avere sottolineato il rischio che la macchia di "infamia" avrebbe provocato per l'incolumità dei propri familiari - sin dall'inizio della sua carcerazione aveva subito la totale preclusione di ogni beneficio penitenziario. Le domande di permesso premio e di liberazione condizionale, avanzate nel corso degli anni, erano state tutte immancabilmente rigettate dalla competente magistratura di sorveglianza, come pure dalla Corte di Cassazione, nonostante il venir meno del regime del cosiddetto "carcere duro" di cui all'art. 41 *bis* O.P., a cui il Viola era stato sottoposto tra il 2000 e il 2006. Il percorso rieducativo intrapreso - e che aveva fruttato al condannato la maturazione di oltre cinque anni di liberazione anticipata - risultava totalmente irrilevante in assenza di una condotta collaborativa o delle fattispecie a essa equiparate, non potendo il ricorrente aspirare a nessuna prospettiva di accesso a misure penitenziarie esterne, tanto che era stata rigettata sia la sua domanda di permesso premio sia quella tesa all'ottenimento della liberazione condizionale. Il Viola aveva, quindi, presentato ricorso ai Giudici di

Strasburgo lamentando, tra le altre doglianze, di essere stato sottoposto a trattamento inumano e degradante nelle forme di una pena perpetua e irriducibile, che non valorizzava in alcun modo le esigenze di rieducazione e di reinserimento sociale.

2.4 (segue) Le motivazioni della sentenza resa dalla Corte di Strasburgo.

Questa è la fattispecie in relazione alla quale la Corte di Strasburgo - dopo avere richiamato le sentenze *Garagin* e *Scoppola contro Italia* con le quali era stata ritenuta la compatibilità convenzionale dell'ergastolo in considerazione della possibilità per l'ergastolano di essere ammesso al regime di semi-libertà e di liberazione dopo 27 anni di detenzione - ha accolto il ricorso a maggioranza di sei contro uno, pronunciando una severa condanna ai danni del nostro Paese, sul rilievo che l'ergastolo ostativo - risultante dal combinato disposto della fattispecie di diritto sostanziale con la norma dell'ordinamento penitenziario - darebbe vita a una pena perpetua sostanzialmente irriducibile, e, in quanto tale, contrastante con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come interpretati da una giurisprudenza ormai consolidata: se il principio della tutela della dignità umana consacrato dall'art. 3 CEDU - che irradia l'intero sistema di protezione dei diritti creato dalla Convenzione - impone che ogni detenuto debba essere messo nella condizione di sapere come, quando e a quali condizioni potrà ottenere la propria liberazione, al contrario la disciplina italiana rendendo la pena perpetua irriducibile andrebbe a frustrare il principio secondo cui la pena dovrebbe puntare al reinserimento sociale del condannato, e ciò sebbene la norma dell'ordinamento penitenziario conferisca al condannato la scelta [appartenente libera secondo l'impostazione sostenuta dal Governo italiano] di superare l'ostatività del regime offrendo la sua collaborazione con la giustizia.

Perché?

L'iter argomentativo seguito dalla Corte di Strasburgo parte dal presupposto che la collaborazione con la giustizia integra innegabilmente una manifestazione significativa di dissociazione con il sodalizio criminale di appartenenza.

Nondimeno, lo snodo fondamentale della questione a giudizio della Corte non verte sul significato (indubbio) che la collaborazione con la giustizia riveste, bensì sul se sia legittima o meno la scelta di elevare, nel sistema penitenziario italiano, la collaborazione con la giustizia a indice legale di avvenuto ravvedimento del condannato, cristallizzando sulla mancata collaborazione una presunzione assoluta di pericolosità del soggetto che verrebbe per questo privato di ogni ragionevole prospettiva di liberazione, a meno che quest'ultimo non dimostri il proprio distacco dalla cosca criminale di appartenenza per *facta concludentia*, e dunque attraverso appunto la collaborazione con la giustizia.

Così circoscritta la questione, la Corte dubita che la prestazione della collaborazione con la giustizia possa rappresentare una scelta individuale veramente libera e consapevole: se per un verso infatti la mancata collaborazione non è sempre indice di pericolosità sociale, dal momento che il silenzio del condannato può dipendere da motivazioni che nulla hanno a che vedere con la perdurante appartenenza mafiosa [come esemplificatamene dal rischio di ritorsioni che il collaborante affronta per sé e per la sua

famiglia, oppure dall'intima convinzione della propria innocenza, ovvero dal rifiuto di accusare altri o dal ripudio morale di accusare persone spesso legate da stretti rapporti di amicizia o parentela], al contempo osserva la Corte l'avvenuta collaborazione non è sempre il frutto di assenza di pericolosità sociale, come nei casi di collaborazione meramente opportunistica e, quindi, scollegata da qualunque processo di revisione critica.

Ne consegue, a giudizio dei giudici di Strasburgo, che – come pure riconosciuto dalla Corte Costituzionale con la sentenza nr. 306 del 11-6-1993 [che, è bene rammentare, ha costituito la principale fonte di ispirazione della Corte europea] – la mancata collaborazione talvolta può essere collegata a una scelta tutt'altro che libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai <valori criminali> e dal mantenimento dei collegamenti con l'organizzazione mafiosa.

Ne consegue, ulteriormente, che non può in alcun modo porsi l'equazione, che pure il sistema penitenziario italiano opera, tra il rifiuto della collaborazione e la diagnosi di persistente collegamento del condannato con i sodali, quantomeno nei termini di una presunzione assoluta e non superabile da parte della magistratura competente, neppure nei casi in cui il percorso penitenziario del condannato evidenzia chiare progressioni positive nel trattamento penitenziario e, addirittura, un'aperta dissociazione del soggetto dalla consorte mafiosa.

Quindi, se per un verso il percorso rieducativo tratteggiato, nel nostro paese, dalla legge sull'ordinamento penitenziario è impostato su un sistema di progressione trattamentale che offre una serie di graduali occasioni di contatto con la società [si pensi esemplificatamente all'assegnazione al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative alla detenzione], nondimeno in caso di condanna alla pena dell'ergastolo per una delle fattispecie di delitto ostative all'accesso ai benefici penitenziari, tale sistema viene a essere frustrato da una "presunzione assoluta" di pericolosità del reo, perché - per l'appunto - l'assenza di collaborazione con la giustizia fa scattare una presunzione di pericolosità non altrimenti vincibile, che ha come effetto quello di privare il condannato di qualsiasi realistica prospettiva di reinserimento sociale e quindi di liberazione e che rende la sua pena irriducibile, non potendo essere riesaminata nel merito sulla base di altri elementi che possano provare il ravvedimento e la progressione trattamentale del condannato.

Sulla base di queste considerazioni, a giudizio della Corte di Strasburgo, l'ergastolo ostativo – integrando una presunzione assoluta di pericolosità – contrasta con l'art. 3 CEDU che non ammette eccezione alcuna al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, neppure nelle situazioni più gravi e neppure nel caso in cui in gioco vi sia la sopravvivenza stessa dello Stato.

A giudizio della Corte si finisce così, di fatto, per fondare un giudizio di perpetua pericolosità sul solo momento della commissione del fatto di reato e della successiva condanna, dal momento che qualunque mutamento della personalità del detenuto risulta irrilevante in presenza del mancato rispetto della condizione della collaborazione, che impone al magistrato competente di dichiarare *ex lege* inammissibile la domanda,

impedendogli di valutare nel merito i progressi compiuti nel percorso individuale del detenuto, in termini di reinserimento e di revisione critica, e la sua evoluzione verso la risocializzazione.

Questo, in definitiva, il nucleo fondante della pronuncia resa dalla Corte EDU nel caso *Viola c. Italia*.

2.5 (*segue*) Le reazioni all'indomani della sentenza.

Quali reazioni all'indomani della sentenza?

Se taluni hanno ascritto la graduale erosione del regime del doppio binario alla perfidia di Strasburgo <che, secondo talune vestali, così agisce perché disconosce o addirittura misconosce la piovra italiana e i suoi velenosi tentacoli>,[14] altri, al contrario, hanno affermato come non possa ascriversi alla sentenza *Viola contro Italia* né la volontà di scardinare il sistema delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari e neppure di favorire la scarcerazione dei *boss*, ma hanno interpretato il *dictum* nel senso che si sarebbe inteso unicamente personalizzare il trattamento penitenziario, allo scopo di renderlo rispondente alle effettive esigenze di prevenzione che giustificano deroghe al principio di rieducazione e di proporzionalità della pena nel tempo.[15]

A giudizio di chi scrive, invece, non appare pertinente il richiamo a concetti esasperati come perfidia della Corte EDU o misconoscimento da parte della stessa della realtà italiana e neppure è realisticamente sostenibile che i giudici di Strasburgo non fossero perfettamente consapevoli delle caratteristiche del fenomeno mafioso e delle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata in Italia, non fosse altro perché la Corte EDU, nelle stesse motivazioni della sentenza, pure prende atto del drammatico contesto emergenziale in cui la norma venne pensata.

Chi scrive ha ragione di ritenere, piuttosto, che ricondurre questa sentenza, come le altre che si collocano sullo stesso filone, a quel movimento che mira a identificare la certezza della pena unicamente nella sua effettiva finalità rieducatrice e salutare con incondizionato favore questo filone di pensiero, dimentica [come parrebbero dimenticare i giudici di Strasburgo] che quello che è prioritario nel bilanciamento degli interessi in gioco è quel valore supremo costituito, non già (semplicisticamente) dalla pretesa punitiva dello Stato, bensì dalla tutela della collettività e dei diritti inviolabili del singolo che la Repubblica riconosce e garantisce (articolo 2 della Costituzione), rispetto alla quale la pretesa punitiva dello Stato è un mero strumento di azione.

Detto in altri termini, affinché possa soggiungersi a una sintesi soddisfacente degli interessi in gioco, la contrapposizione non va posta tra la pretesa punitiva dello Stato [quale che sia lo strumento di cui lo Stato si avvale] e la rieducazione del condannato, bensì tra le esigenze di tutela del singolo e della collettività e i diritti fondamentali che devono essere riconosciuti alla popolazione carceraria, ivi compreso il diritto alla rieducazione.

Ma l'indiscussa prevalenza che - a giudizio di chi scrive - deve essere accordata alla tutela della collettività non può e non deve condurre alla automatica subvalenza di tutte le presunzioni fondate sulla oggettiva gravità di determinati delitti o sulla oggettiva gravità di determinate condotte.[16]

Motivo per cui, a giudizio di chi scrive, non appare pienamente convincente quel passaggio della sentenza della Corte di Strasburgo in cui - pur nella dichiarata consapevolezza della portata e, finanche, delle ragioni storiche sottese all'introduzione nel sistema penitenziario italiano dell'art. 4 *bis* O.P. e quindi del contesto emergenziale a cui l'istituto è stato chiamato a far fronte - la Corte afferma che l'art. 3 CEDU non ammette eccezione neppure nelle situazioni più gravi e neppure nel caso in cui in gioco vi sia la sopravvivenza stessa dello Stato, perché - e in questo, sì, la Corte pare misconoscere la realtà italiana - la sopravvivenza dello Stato altro non è che la sopravvivenza di tutta la collettività: quella collettività baluardo dello Stato, a norma dell'art. 2 Cost., che il legislatore ha inteso garantire con la disposizione oggetto di censura.

E neppure appare pienamente convincente quell'ulteriore passaggio che si trae dalle motivazioni della sentenza della Corte di Strasburgo in cui si afferma chiaramente che nessun fenomeno criminale, praticamente neppure quello più efferato, può giustificare la deroga ai principi dell'art. 3 CEDU, non fosse altro per il fatto, afferma la Corte, che la funzione di risocializzazione mira, in ultima analisi, a impedire la recidiva e a proteggere la società. A chi scrive, pare significativo il richiamo che la Corte di Strasburgo ha fatto alla risocializzazione come strumento funzionale a proteggere la società mediante l'abbattimento della recidiva, perché il dibattito sui cosiddetti tassi di recidiva - se in linea generale nel nostro paese è particolarmente vivace tra i tecnici e gli esperti della materia - lo è stato vieppiù in epoca antecedente all'approvazione del testo definitivo dei decreti legislativi di riforma dell'ordinamento penitenziario, allorquando era ancora in corso il parere del Parlamento sull'originario schema di decreto: come si ricorderà, a quel tempo, si levò da più parti il grido di allarme secondo cui sarebbe stato davvero amaro se il destino di quella stagione riformatrice, iniziata nel 2015 con la felice intuizione degli Stati Generali dell'esecuzione penale, si fosse conclusa con la beffarda presa d'atto che solo il carcere - e non anche (e soprattutto) le misure alternative alla detenzione - può efficacemente svolgere la funzione di garantire la sicurezza dei cittadini e di ridurre il rischio di recidiva.

Epperò, tutte le volte che si discute dei tassi di recidiva, ci si permette di ricordare che il richiamo cosiddetti tassi di recidiva - che, quantomeno nel nostro Paese, assegnerebbe ai condannati in regime carcerario una percentuale pari all'incirca all'85% del tasso di recidiva e a quelli in regime alternativo una percentuale pari all'incirca al 15% - può essere fuorviante, perché non considera che le misure alternative, per definizione, vengono concesse ai condannati più meritevoli; sicché è logico ritenere che il tasso di recidiva nei condannati in misura alternativa sia inferiore a quello dei condannati in regime carcerario. Ne consegue che non può aprioristicamente affermarsi che solo le misure alternative alla detenzione - e non il carcere - svolgono efficacemente la funzione di garantire la sicurezza dei cittadini e di ridurre il rischio di recidiva.[17]

Ma di tali obiezioni nelle motivazioni della sentenza della Corte non vi è traccia alcuna.

2.6 (*segue*) Gli effetti che potranno conseguire alla sentenza.

La decisione della Corte è indiscutibilmente dirompente, tanto che il Governo italiano aveva chiesto che a statuire in via definitiva sul ricorso fosse la *Grande Chambre*.

Ed invero, l'impatto sul sistema si coglie meglio solo se si consideri che l'ergastolo ostativo continua a interessare un gran numero di detenuti, destinati a restare tra le pareti di un istituto penitenziario fino al giorno della propria morte, dal momento che - statistiche alla mano, secondo i dati ufficiali del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (aggiornati all'ultimo trimestre dello scorso anno) - a oggi sono 1.255 gli ergastolani ostativi a fronte di 1.790 condannati alla pena perpetua: dunque tre ergastolani su quattro sono ergastolani ostativi, il 25% dei quali ha subito il regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* O.P.

Come è noto, l'istanza dello Stato italiano è stata dichiarata inammissibile con un laconico comunicato stampa pubblicato il 7 ottobre 2019 e la sentenza *Viola c. Italia* è passata in giudicato e, ai sensi dell'art. 46 della CEDU, è divenuta pienamente vincolante per lo Stato italiano.

Quali effetti potranno dunque derivare da questa pronuncia?

Va premesso come sia di assoluta evidenza l'impossibilità di riconoscere al deliberato della Corte di Strasburgo efficacia cogente al di fuori del singolo caso concreto affrontato, perché non si tratta né di una deliberazione resa dalla *Grand Chambre*, come pure lo Stato italiano aveva richiesto, né di una sentenza-pilota, con la conseguenza che non potranno prodursi quegli effetti ermeneutici vincolanti imposti dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.[18]

Tuttavia, è indiscutibile che la sentenza stessa - non fosse altro che in ragione dell'elevato numero di ricorsi assimilabili pendenti[19] - mette in luce un "problema strutturale" dell'ordinamento italiano, che imporrà al nostro paese di realizzare, nell'ambito della discrezionalità riconosciuta ai singoli paesi membri, quelle misure idonee a eliminare le conseguenze delle violazioni accertate.

Quali misure?

Secondo alcuni autori la prima misura è certamente quella che – attraverso la strada della riforma legislativa – sostituisca all'attuale modello [impennato sulla presunzione di assoluta incompatibilità del condannato per taluni dei delitti indicati nell'art. 4 *bis* O.P. con l'accesso ai benefici penitenziari ivi richiamati, fatta salva la collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento], un nuovo modello in cui, accanto alla collaborazione con la giustizia, si preveda la possibilità per il condannato di accedere a tutti o a parte dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario sulla base di una valutazione operata dal magistrato di sorveglianza e riferita <per un verso alla sussistenza nel caso concreto di indici, diversi dalla collaborazione con la giustizia, che

possano far ritenere non più attiva l'affiliazione del soggetto alla consorte mafiosa, e, per l'altro, dei requisiti di meritevolezza del detenuto in relazione al beneficio o alla misura richiesta>.[20]

Quindi, l'effetto immediato della pronuncia - detto in altri termini - dovrebbe passare per una riforma legislativa che, superando il carattere assoluto della preclusione, restituisca alla magistratura di sorveglianza il potere/dovere di scrutinare, sulla base di verifiche periodiche, se vi siano o meno elementi sufficienti per far ritenere che il soggetto abbia reciso ogni legame con la consorte criminale, indipendentemente dalla mancata collaborazione.

Ovviamente, se per un verso questo è l'effetto principale che, sul piano delle riforme legislative, dovrebbe conseguire alla sentenza della Corte di Strasburgo, non può che residuare il legittimo dubbio sul vantaggio per il condannato alla pena dell'ergastolo per una fattispecie di reato ostativo all'accesso ai benefici penitenziari di prestare una collaborazione rilevante ai sensi dell'art. 58 *ter* O.P., stante la (quasi sostanziale) parificazione della posizione dell'ergastolano ostativo "collaborante" all'ergastolano ostativo "non collaborante" <che abbia manifestato la sussistenza di indizi, diversi dalla collaborazione con la giustizia, che possano far ritenere non più attiva l'affiliazione del soggetto alla consorte mafiosa ovvero dei requisiti di meritevolezza del detenuto in relazione al beneficio o alla misura richiesta>.

In definitiva, la prima delle misure, pure ragionevolmente proposte, tese all'adeguamento dell'ordinamento interno alla pronuncia di Strasburgo sembra passare dalla erosione del regime delle preclusioni alla erosione dell'istituto della collaborazione con la giustizia, che parificando la posizione dei <collaboratori> a quella degli <irriducibili>, a queste condizioni finisce con l'essere innegabilmente svuotato di qualsivoglia contenuto: perché il condannato all'ergastolo per delitti ostativi dovrebbe, infatti, prestare una collaborazione rilevante *ex art.* 58 *ter* O.P., incorrendo nel rischio di quelle ritorsioni che il collaborante affronta per sé e per la sua famiglia e accettando il ripudio morale di accusare persone spesso legate da stretti rapporti di amicizia o parentela, se la sua posizione, fatta eccezione per l'abbattimento delle soglie di pena per l'accesso a determinati benefici, viene equiparata a quella del condannato che, rifiutando motivatamente di collaborare, abbia manifestato la sussistenza di indizi, diversi dalla collaborazione con la giustizia, che possano far ritenere non più attiva l'affiliazione del soggetto alla consorte mafiosa o comunque di quei requisiti di meritevolezza in relazione al beneficio o alla misura richiesta?

Quindi, se per un verso - come qualcuno ha sostenuto - è stata gettata al vento quell'occasione preziosa iniziata nel 2015, con la felice intuizione degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale [allorquando – nell'ambito delle proposte di riforma elaborate dal Tavolo XVI – emerse una proposta tesa all'introduzione, accanto alle ipotesi di collaborazione *impossibile* o *irrilevante*, di una nuova ipotesi in cui <la mancata collaborazione "comunque motivata", si accompagni a concrete condotte riparative>], è pur vero che quel progetto di riforma avrebbe semplicemente posto il sistema italiano al riparo da quelle annunciate censure che sono arrivate da Strasburgo;[21] ma lo avrebbe fatto del tutto indipendentemente sia dalla coerenza complessiva del sistema [e il

sistema, come dimostrato dall'esame della struttura dell'art. 4 *bis* O.P. è coerente, si vedrà se ragionevolmente o meno], che dall'esperienza giudiziaria della nostra storia nazionale, che proprio sulla collaborazione *utile* con la giustizia ha fondato centinaia di processi e il correlato accertamento giudiziario dei crimini commessi [e delle relative responsabilità] ascrivibili alle più efferate realtà criminali associate che hanno segnato con il sangue la nostra storia, essendosi la collaborazione *utile* con la giustizia rivelata uno strumento insostituibile della ricerca della prova e del perseguimento dei responsabili.

Quindi, sostenere che il principale obiettivo perseguito dal legislatore attraverso l'istituto dell'ergastolo ostativo è - più che premiare la collaborazione - punirne in maniera feroce la sua mancanza, allo scopo di perseguire unicamente finalità investigative in violazione di ogni insopprimibile esigenza rieducativa e di recupero,[22] appare francamente del tutto riduttivo.

Ma, nell'ambito del dibattito scientifico teso all'individuazione delle misure idonee a eliminare le conseguenze delle violazioni accertate, è stato pure sostenuto che la riforma dell'ergastolo ostativo, che deve necessariamente far seguito alla pronuncia della Corte di Strasburgo, dovrebbe altresì passare attraverso la <fissazione di una quota di pena ragionevole al cui raggiungimento non possano seguire ulteriori preclusioni assolute al vaglio di merito sulla concessione della misura alternativa>.[23]

E però, la tesi non convince.

Se per un verso il sistema sembra muoversi lungo una scia che mira alla sostanziale erosione di tutte le preclusioni - ivi comprese quelle che fondano su una quota minima di pena solo raggiunta la quale il condannato può auspicare il conseguimento di determinati benefici [24] - come si può solo pensare di introdurre una previsione inversa, vale a dire quella che al raggiungimento di una quota di pena ragionevole fissi una presunzione di non pericolosità che renda non più operativa alcuna presunzione assoluta?

Resta il fatto, in ultima analisi, che - a oggi - ogni progetto di riforma teso a mitigare l'asprezza del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 4 *bis* O.P. è tramontato: sia quello del 2013, allorquando la Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo [cosiddetta Commissione *Palazzo*] propose di sostituire la presunzione assoluta di pericolosità che sussiste nelle ipotesi di non collaborazione con una presunzione relativa che consentisse di valorizzare i progressi trattamentali compiuti dal detenuto, inserendo nel comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* O.P. il seguente inciso: <*e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati*>; sia quello elaborato nel 2015 dagli Stati generali dell'esecuzione penale, che evidenziarono la necessità di introdurre un'alternativa, alla collaborazione con la giustizia, per garantire l'accesso alla liberazione condizionale, proponendo di consentire il superamento della preclusione all'accesso ai benefici anche in presenza di <*concrete condotte riparative in favore delle vittime del reato, dei loro familiari o della comunità civile, generando significativi risultati in termini di ricomposizione dei conflitti, di*

mediazione sociale e di positivi cambiamenti di vita>; e infine quello originariamente elaborato nel 2017 nello schema di decreto legislativo recante la riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della legge delega nr. 103 del 23-6-2017, che è stato lungamente sottoposto al parere del Parlamento, e che la stessa Corte di Strasburgo menzionava come espressione della recente tendenza sviluppatasi, a livello interno, tesa a rimettere in discussione la presunzione assoluta di pericolosità.

Ed effettivamente, sia l'articolo 5 dell'originario schema di decreto legislativo *recante modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione*, che si accingeva a modificare l'articolo 656 c.p.p., che l'articolo 7 del medesimo originario schema di decreto menzionato dalla Corte di Strasburgo, che come è noto si accingeva a modificare l'articolo 4 *bis* O.P., avevano inteso prevedere una complessiva <rivisitazione del sistema e dei presupposti di accesso alle misure alternative, anche alla luce di una decisa rimodulazione, in chiave ablativa, degli automatismi preclusivi alla loro fruizione>; in tal senso essendosi espressa sia la relazione illustrativa che la relazione tecnica allo schema di decreto legislativo all'epoca sottoposto al parere del Parlamento.

Orbene, se si ha riguardo al testo dell'originario schema di decreto legislativo, significative - a riguardo - erano sembrate a chi scrive due modifiche, ambedue apportate al testo dell'articolo 656 del codice di procedura penale:

Ø la modifica al comma 5 dell'art. 656 c.p.p., attraverso l'innalzamento del limite massimo di pena (elevato da tre a quattro anni di reclusione) entro il quale il Pubblico Ministero ha l'obbligo di sospendere l'ordine di carcerazione, per consentire al condannato di chiedere l'ammissione a misure alternative e per garantirgli un migliore programma rieducativo ai fini del suo reinserimento sociale;

Ø la modifica dell'articolo 4 *bis* O.P., così come richiamato dall'articolo 656 comma 9 lett. a) c.p.p. Sotto questo profilo, ove la modifica fosse entrata in vigore, secondo le originarie intenzioni del legislatore, il divieto della sospensione dell'esecuzione avrebbe operato unicamente:

o nei confronti degli autori di poche fattispecie di delitti monosoggettivi previsti dal codice penale [e segnatamente la Riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la Prostituzione minorile (art. 600 *bis* c. 1 c.p.), la Tratta di persone (art. 601 c.p.), la Violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies* c.p.)];

o nei confronti dei condannati per delitti di mafia e terrorismo nonché nei confronti di coloro che abbiano rivestito ruoli chiave all'interno di altre tipologie di organizzazioni criminali operanti nei soli settori specificati dalla legge.

Tuttavia, per effetto della riforma dell'ordinamento penitenziario entrata in vigore il 10 novembre del 2018 e compendiata nell'attuale testo di ambedue i decreti legislativi emanati dal Governo il 2 ottobre 2018, a seguito del Consiglio dei Ministri del 27 settembre 2018 tutta la parte relativa alle misure alternative e alle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari - non senza rammarico, sia da parte di alcuni operatori del settore che da parte di quel movimento culturale e giuridico che aspirava a un ripensamento

complessivo dell'ordinamento penitenziario - è stata integralmente espunta da tutti gli schemi di decreto legislativo comparsi negli ultimi mesi, fino alla conferma dell'ultimo Consiglio dei ministri del 27 settembre 2018.

E in effetti, confrontando il testo del previgente schema di decreto legislativo nelle parti di interesse per l'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale con il testo invece scaturito dal Consiglio dei ministri dello scorso 27 settembre, non può non constatarsi la siderale differenza rispetto all'impatto che la riforma, secondo l'impostazione originaria, si proponeva di conseguire.

La circostanza che la modifica legislativa non abbia in alcun modo toccato la previsione del comma 5 dell'art. 656 c.p.p. e che, quindi, il legislatore delegato **non ha ritenuto** – pur avendone la facoltà, ai sensi dell'art. 1 comma 85 lett. c) della legge-delega – di elevare a **quattro anni** il limite di pena per la sospensione dell'ordine di esecuzione, in modo da **assorbire** nel tessuto normativo il *dictum* della **sentenza della Corte Costituzionale nr. 41 del 2018**, è innegabilmente una scelta non casuale alla luce delle linee di politica criminale dell'esecutivo del tempo – antitetiche rispetto all'ampliamento di operatività della sospensione ex art. 656 c. 5 c.p.p. operato della Consulta – ma è altrettanto innegabilmente una scelta priva di alcuna **conseguenza** sul piano pratico.

Al contrario la circostanza che, invece, alcuna modifica sia intervenuta sul testo dell'art. 4 *bis* O.P. - e che quindi il catalogo dei delitti ostativi non solo sia rimasto sostanzialmente invariato ma sia stato anzi significativamente ampliato in epoca successiva con la legge nr. 3/2019 [la cosiddetta legge spazza-corrotti] - a giudizio di chi scrive conferma, quanto meno allo stato della vigente legislazione, la razionalità del sistema ivi delineato, che oggi come allora non può e non deve dimenticare che l'art. 4 *bis* O.P. - inserito nel corpo dell'ordinamento penitenziario e poi modificato con la pretesa di una condotta collaborativa quale requisito essenziale per l'accesso ai benefici penitenziari da parte dei condannati per taluni delitti - non fu espressione dell'isteria momentanea di un legislatore ferito dall'eccezionale aggravamento del fenomeno mafioso degli anni '90, ma ha rappresentato lo snodo fondamentale per l'attuazione del regime penitenziario del doppio binario, individuando un nuovo circuito penitenziario per i condannati per quei gravissimi delitti espressamente individuati dalla stessa norma e che ha retto alle censure di costituzionalità, nella misura in cui si è preso atto che il doppio binario non è stato creato dal legislatore sul fondamento del <mero allarme sociale>, bensì su ragioni giustificative chiaramente riconoscibili.[25]

Sicché, chi scrive ritiene che – nel panorama legislativo teso alla individuazione delle misure più idonee per adeguare l'ordinamento interno alle prescrizioni della Corte EDU – questo sia un dato storico che potrebbe avere il suo peso, nel senso che, a oggi, una revisione integrale dell'art. 4 *bis* O.P., quantomeno nel senso che si proponeva il legislatore con il testo originario della riforma dell'ordinamento penitenziario, pare difficilmente realizzabile.

2.7 (*segue*) Gli echi della decisione della Corte.

In disparte per il momento gli ulteriori sviluppi che la decisione della Corte potrà avere sul piano nazionale sotto il profilo delle riforme legislative, è innegabile tuttavia che <gli echi della decisione *Viola contro Italia* hanno dato prova di un'assordante persistenza. Le acque attorno all'ergastolo ostativo, immobili ormai da anni attorno ai resti calcificati di una giurisprudenza granitica, sono state smosse: l'intera struttura del "fine pena mai" mostra debolezze evidenti. Di questi primi segni di cedimento si è fatta portavoce, in tempi recentissimi, la Corte Costituzionale>.[26]

Il riferimento – come si accennava in apertura del presente contributo – è alle seguenti sentenze:

- la sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018;
- la sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019.
-

3. La sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019.

La sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019, resa a seguito dell'udienza pubblica del 22-10-2019, depositata il 4-12-2019 e pubblicata sulla G.U. del 11-12-2019 nr. 50, ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 4 bis c. 1 O.P. *nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste nonché ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli di cui all'art. 416-bis c.p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 ter del medesimo ordinamento penitenziario, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.*

3.1 (segue) Premessa.

Benché la sentenza della Corte Costituzionale nr. 253/2019 sia stata salutata come tra quelle che si collocano sullo stesso filone di quello inaugurato dalla Corte di Strasburgo con la sentenza *Viola contro Italia*, in realtà è stata la stessa Corte a precisare che la questione sottoposta al suo vaglio non è quella sull'ergastolo ostativo, non essendo stata in alcun modo oggetto di censura la mancata previsione per i soggetti condannati all'ergastolo per i reati ostativi della possibilità di accesso alla liberazione condizionale. Questo sarebbe stato l'oggetto della questione se le ordinanze di remissione avessero censurato – oltre che l'art. 4 bis c. 1 O.P. – anche la previsione contenuta nell'art. 2 c. 2 decreto legge nr. 152/1991, che, richiamando l'art. 176 c.p., non consente di concedere la liberazione condizionale al condannato all'ergastolo che non collabora con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni effettivi di carcere, così trasformando la pena perpetua *de iure* in una pena perpetua anche *de facto*.

La questione sottoposta al vaglio della Corte, invece, ha riguardato tutti i condannati per i reati c.d. ostativi che – quale che fosse la pena oggetto della condanna (condanna a pena perpetua oppure a pena temporanea) – non possono accedere ai permessi premio, anche dopo la condanna, ove non abbiano prestato un'*utile* collaborazione ovvero nei casi in cui la collaborazione risulti *inesigibile*, *impossibile* o oggettivamente *irrilevante*, e ciò benché i giudici *a quibus*, per parte loro, abbiano “costruito” le questioni di legittimità Costituzionale modellandole sulle fattispecie portate alla loro attenzione, nelle quali la richiesta di accesso al permesso premio riguardava due condannati alla pena dell'ergastolo, per i delitti prima specificati.

Presupposto della censura – prospettata alla luce degli artt. 3 e 27 c. 3 Cost. – è che l'art. 4 *bis* O.P. radica in capo ai condannati per i delitti ivi previsti una presunzione assoluta circa il permanente collegamento con l'organizzazione criminale e che la scelta di collaborare con la giustizia viene correlativamente assunta come la sola idonea a rimuovere l'ostacolo alla concessione del beneficio in ragione della sua valenza rescissoria del legame con il sodalizio criminale.

Proprio in virtù di tale presunzione, assoluta in quanto non superabile se non dalla collaborazione stessa, la disposizione oggetto del giudizio fa sì che le richieste di un tale detenuto di accedere allo specifico beneficio del permesso premio debbano dichiararsi inammissibili, senza poter essere in alcun modo oggetto di un vaglio in concreto da parte del magistrato di sorveglianza.

Se tutto ciò sia conforme ai parametri costituzionali evocati, questo è, in definitiva, il *thema decidendum* sottoposto alla valutazione della Corte.

3.2 (*segue*) Il fatto da cui è scaturita la questione di costituzionalità.

La questione di legittimità Costituzionale è stata sollevata da due distinte autorità giudiziarie: la Corte di Cassazione prima e il Tribunale di sorveglianza di Perugia dopo.

La Corte di Cassazione, a sua volta, era stata investita del ricorso avente a oggetto il provvedimento con cui il Tribunale di sorveglianza dell'Aquila aveva rigettato il reclamo proposto dal ricorrente avverso il decreto con il quale il competente magistrato di sorveglianza aveva dichiarato inammissibile la richiesta di permesso premio avanzata dal medesimo condannato. Il condannato ricorrente infatti - che risultava ininterrottamente detenuto dal 27 giugno 1998 in espiatione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno per la durata di un anno, irrogatagli «per i delitti di associazione mafiosa, omicidio, soppressione di cadavere, porto e detenzione illegale di armi», eseguiti tra il 1996 e il 1998 «per agevolare l'attività» di un'associazione mafiosa e per i quali gli era stata applicata l'aggravante dei motivi abietti «individuati nel fine di affermare l'egemonia e il prestigio della consorteria alla quale l'imputato era affiliato» - aveva avanzato al competente Tribunale di sorveglianza la richiesta di concessione del beneficio del permesso premio, valorizzando il suo comportamento carcerario da sempre rispettoso del programma rieducativo attivato nei suoi confronti. Il Tribunale, conformemente al dettato normativo, aveva ritenuto non concedibile il beneficio richiesto in quanto precluso dai titoli di reato, trattandosi di delitti tutti ricompresi – pur in assenza di una contestazione formale

dell'aggravante speciale di cui all'art. 7 del decreto legge nr. 152/1991 – nell'elenco dei reati ostativi ai sensi dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. e non sussistendo condotte di collaborazione con la giustizia rilevanti ai sensi dell'art. 58 *ter* O.P.

La lagnanza del condannato - posta dalla Corte di Cassazione a fondamento delle motivazioni tese a comprovare la <rilevanza> della questione - muoveva dalla circostanza che l'art. 30 O.P., nel disciplinare la concessione dei permessi premio, considera decisivo l'apprezzamento della pericolosità sociale, laddove invece tale profilo non era stato oggetto di specifica valutazione a opera del Tribunale di sorveglianza, che aveva ritenuto impeditivo di un concreto esame il disposto normativo dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. che si fonda sulla sussistenza di una preclusione assoluta che - «non distinguendo tra gli affiliati di un'organizzazione mafiosa» e gli autori di delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dalla stessa norma - appare confliggente con «l'incompatibilità Costituzionale» delle presunzioni assolute di pericolosità sociale sia quando applicate alle condotte illecite che non presuppongono l'affiliazione a un'associazione mafiosa secondo principi già affermati dalla Corte Costituzionale [così come statuito con le sentenze nr. 57/2013 e nr. 48/2015], sia laddove riferite a fattispecie e a misure alternative che, pur accumulate nel regime detentivo prefigurato dall'art. 4 *bis* c. 1 O.P., sarebbero tra loro talmente eterogenee da ledere i parametri costituzionali già evocati nella giurisprudenza Costituzionale [segnatamente con le sentenze nr. 239 del 2014,^[27] nr. 76 del 2017,^[28] e infine nr. 149 del 2018^[29]].

Analogha questione, sia pur offerta in valutazione sotto angoli prospettici differenti, era stata posta dal Tribunale di sorveglianza di Perugia.

Va dato atto, tuttavia, di una significativa differenza tra le due fattispecie concrete da cui è scaturita la questione di legittimità Costituzionale.

E infatti, mentre il caso sottoposto in valutazione della Corte di Cassazione atteneva a un condannato in espiazione della pena dell'ergastolo irrogatagli «per i delitti di associazione mafiosa, omicidio, soppressione di cadavere, porto e detenzione illegale di armi» eseguiti «per agevolare l'attività» di un'associazione mafiosa alla quale l'imputato era affiliato», quello invece sottoposto in valutazione del Tribunale di sorveglianza di Perugia atteneva a un condannato per delitti commessi al fine di agevolare il gruppo criminale organizzato *ex art.* 416 *bis* c.p. del quale è stato riconosciuto partecipe, con ruolo sviluppatosi nel corso del tempo: dunque un «intraneo ad un gruppo criminale organizzato *ex art.* 416-bis cod. pen.», autore di omicidi volti a consentirne la sopravvivenza e agevolarne gli scopi illeciti, e, dunque, un soggetto per il quale, a giudizio dell'autorità giudiziaria rimettente, era «particolarmente rilevante l'eventuale collaborazione con la giustizia».

Nondimeno, pur nella consapevolezza di trovarsi al cospetto di un condannato, oltre che per reati di "contesto mafioso" [come nel caso oggetto dell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione] anche per il delitto di associazione mafiosa *ex art.* 416 *bis* c.p., il Tribunale di sorveglianza aveva ritenuto che, anche in tal caso e nella peculiare fase dell'esecuzione penale, la preclusione assoluta alla concessione di un beneficio penitenziario in assenza di una condotta collaborativa si ponesse in contrasto con gli artt.

3 e 27 c. 3 Cost., impedendo in ultima analisi «il vaglio di altri elementi che.... potrebbero condurre ugualmente ad un giudizio di cessata pericolosità sociale e di meritevolezza dell'invocato beneficio».

3.3 (segue) Le motivazioni della sentenza.

Dunque preso atto della censura della stessa disposizione alla luce dei medesimi parametri costituzionali evocati – pur nella parziale differenziazione nei percorsi argomentativi esposti dalla due autorità giudiziarie rimettenti – la Corte Costituzionale ha riunito i giudizi.

3.3.1 (segue) Premessa.

Prima di entrare nel vivo delle motivazioni poste dalla Corte a fondamento della censura di illegittimità Costituzionale, si impone una premessa di carattere generale.

È innegabile che il nodo sottostante al tema che è stato sottoposto all'esame della Consulta non sia stato facile da sciogliere, non fosse altro perché della questione della compatibilità del sistema delineato dall'art. 4 *bis* O.P. con i parametri costituzionali evocati la Corte, nel corso del tempo, ha avuto modo ripetutamente di occuparsi con tutta una serie di pronunzie che, innegabilmente, hanno contribuito a confermare il giudizio storico di "salvaguardia" sull'art. 4 *bis* O.P., avvalorando la tesi lungamente sostenuta secondo cui la norma in questione di certo non fu espressione dell'isteria momentanea di un legislatore ferito dall'eccezionale aggravamento del fenomeno mafioso degli anni '90, ma ha rappresentato lo snodo fondamentale per l'attuazione del regime penitenziario del doppio binario, individuando un nuovo circuito penitenziario per i condannati per quei gravissimi delitti espressamente individuati dalla stessa norma e che ha retto alle censure di costituzionalità, nella misura in cui si è preso atto che il doppio binario non è stato creato dal legislatore sul fondamento del <mero allarme sociale>, bensì su ragioni giustificative chiaramente riconoscibili.[30]

Sotto questo profilo, non può non farsi richiamo alla sentenza nr. 306 del 1993, che la Corte Costituzionale pronunciò a breve distanza dall'entrata in vigore della disciplina introdotta dal decreto legge nr. 306 del 1992, come convertito, con cui si riconobbe che il requisito della collaborazione, quale condizione per l'accesso ai benefici penitenziari, doveva ritenersi «essenzialmente espressione di una scelta di politica criminale», adottata per finalità di prevenzione generale e di sicurezza collettiva e con cui, parimenti, si sottolineò che la scelta legislativa costituiva risposta alla necessità di contrastare una criminalità organizzata «aggressiva e diffusa». Con quella medesima sentenza la Corte affermò di non condividere la tesi, sostenuta nella relazione alla legge di conversione del decreto legge nr. 306 del 1992, secondo cui la decisione di collaborare è la sola a esprimere con certezza la «volontà di emenda» del condannato, sicché essa assumerebbe una valenza anche "penitenziaria", non estranea al principio della funzione rieducativa della pena [«è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare»: così la relazione presentata in Senato in sede di conversione del decreto legge nr. 306 del 1992 – atto nr. 328], giacché a giudizio della Corte la collaborazione con la giustizia non

necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento ben potendo essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, così come il suo contrario (la mancata collaborazione) non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento o “emenda”.

Quel che più conta è che con la sentenza nr. 306 del 1993 – pur dichiarando, tra l’altro, non fondate le questioni allora sollevate sull’art. 4 *bis* c. 1 O.P. in relazione all’art. 27 c. 3 Cost. – la Corte osservò che inibire l’accesso ai benefici penitenziari ai condannati per determinati gravi reati, i quali non collaborino con la giustizia, comporta una «rilevante compressione» della finalità rieducativa della pena: «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la 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.

3.3.2 (*segue*) Il percorso motivazionale seguito dalla Corte.

Proprio sul fondamento delle conclusive valutazioni compiute con questo (granitico) precedente, la Corte - con la sentenza oggetto di commento - ha accolto le questioni sollevate, nei termini che ora si chiariranno.

La presunzione dell’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, così introdotta nell’art. 4 *bis* c. 1 O.P., è assoluta nel senso che non può essere superata da altro se non dalla collaborazione stessa. Quest’ultima, per i condannati per i delitti ivi menzionati, è l’unico elemento che può consentire l’accesso ai benefici previsti dall’ordinamento penitenziario. È così introdotto un trattamento distinto rispetto a quello che vale per tutti gli altri detenuti.

Orbene, a giudizio della Corte non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima: non è infatti irragionevole presumere che la commissione di determinati delitti dimostri l’appartenenza dell’autore alla criminalità organizzata, o il suo collegamento con la stessa; così come - parimenti - non è irragionevole presumere che la scelta di collaborare con la giustizia venga correlativamente assunta come la sola idonea a rimuovere l’ostacolo alla concessione dei benefici indicati, in ragione della sua valenza “rescissoria” del legame con il sodalizio criminale e che – per converso – la mancata collaborazione con la giustizia fondi la presunzione che i collegamenti con l’organizzazione criminale siano mantenuti e attuali, con conseguente inaccessibilità ai benefici penitenziari normalmente disponibili agli altri detenuti, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria.

Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione^[31] si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obbiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27 c. 3 Cost. una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sotto tre profili, distinti ma complementari:

- sotto un primo profilo, perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante. È innegabile infatti che il congegno normativo inserito nell'art. 4 bis c. 1 O.P. dal decreto legge nr. 306 del 1992, come convertito, è espressione di una trasparente opzione di politica investigativa e criminale. In quanto tale, essa immette nel percorso carcerario del condannato – attraverso il decisivo rilievo attribuito alla collaborazione con la giustizia anche dopo la condanna – elementi estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena, prefigurando una sorta di scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario. Per i condannati per i reati elencati nella disposizione censurata, infatti, è costruita una disciplina significativamente diversa da quella prevista per la generalità degli altri detenuti: essi possono accedere ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario solo qualora collaborino con la giustizia, ai sensi dell'art. 58 ter O.P., ma se tale collaborazione non assicurino, ai benefici in questione non potranno accedere mai, neppure dopo aver scontato le frazioni di pena richieste quale ordinario presupposto per l'ammissione a ciascun singolo beneficio.[32] Viceversa, se invece collaborino secondo le modalità contemplate dal citato art. 58 ter O.P., a tali benefici potranno accedere senza dover previamente scontare la frazione di pena ordinariamente prevista, in forza della soluzione interpretativa già individuata, sia dalla Corte Costituzionale [il richiamo è alle nr. 174 del 2018 e nr. 504 del 1995], sia dalla giurisprudenza di legittimità [così Corte di Cassazione, sezione prima penale, sentenze 3 febbraio 2016, nr. 37578 e 12 luglio 2006, nr. 30434]. Il congegno normativo inserito nell'art. 4 bis c. 1 O.P. dal decreto legge nr. 306 del 1992, come convertito, quindi, a seconda della scelta compiuta dal soggetto, aggrava il trattamento carcerario del condannato non collaborante rispetto a quello previsto per i detenuti per reati non ostativi, oppure, al contrario, lo agevola significativamente, giacché, in presenza di una scelta di collaborazione, introduce a favore del detenuto elementi premiali rispetto al regime previsto per i condannati per delitti non ostativi. Ma, alla stregua dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità della pena e della sua tendenziale funzione rieducativa, un conto - osserva la Corte - è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto *iuris et de iure* quale persona radicata nel crimine organizzato e perciò socialmente pericolosa. Dunque, a giudizio della Corte, l'attuale formulazione dell'art. 4 bis c. 1 O.P. opera - anche in nome di prevalenti esigenze di carattere investigativo e di politica criminale - <una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto>. Ne consegue, sempre a giudizio della Corte, che la libertà di non collaborare - garantita nel processo nella forma di vero e proprio diritto espressione del principio *nemo tenetur se detegere* - in fase d'esecuzione si trasforma in un gravoso onere di collaborazione che non solo richiede la denuncia a carico di terzi, ma rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati; ciò che non risulta conforme agli artt. 3 e 27 c. 3 Cost.;

- sotto un secondo profilo, perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27 c. 3 Cost., dal momento che – in definitiva – la mancata collaborazione rende la richiesta di ottenere il permesso premio inammissibile, senza che al magistrato di sorveglianza sia consentita una valutazione in concreto della condizione del detenuto. Il permesso premio, almeno per le pene medio-lunghe, rappresenta un peculiare istituto del complessivo programma di trattamento: esso consente «al detenuto, a fini rieducativi, i primi spazi di libertà» [così la Corte Cost. nella sentenza nr. 188 del 1990], mostrando perciò una «funzione “pedagogico-propulsiva”» [così la Corte Cost. nella sentenza nr. 504 del 1995 e poi nelle sentenze nr. 445 del 1997 e nr. 257 del 2006], e permette l'osservazione da parte degli operatori penitenziari degli effetti sul condannato del temporaneo ritorno in libertà [così la Corte Cost. nella sentenza nr. 227 del 1995], tanto che la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale ha ripetutamente indicato [tra le altre la sentenza nr. 149 del 2018] come criterio costituzionalmente vincolante quello che richiede una valutazione individualizzata nella materia dei benefici penitenziari. Ne consegue che la presunzione assoluta in esame impedisce proprio tale verifica secondo criteri individualizzanti, non consentendo nemmeno di valutare le ragioni che hanno indotto il detenuto a mantenere il silenzio, così arrestando sul nascere il percorso risocializzante e frustrando la stessa volontà del detenuto di progredire su quella strada; ciò che, a giudizio della Corte, non è consentito dall'art. 27 c. 3 Cost.;

- sotto un terzo profilo, perché l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza. Nel caso sottoposto in valutazione della Corte, la generalizzazione che fonda la presunzione assoluta consiste in ciò: se il condannato per il delitto di associazione mafiosa e/o per delitti di “contesto mafioso” non collabora con la giustizia, la mancata collaborazione è indice (non superabile se non dalla collaborazione stessa) della circostanza per cui egli non ha spezzato i legami che lo tengono avvinto all'organizzazione criminale di riferimento. Orbene, per quanto siano ben note le ragioni di una tale generalizzazione e se quindi è certo possibile che il vincolo associativo permanga inalterato anche a distanza di tempo anche per le caratteristiche del sodalizio criminale in questione finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, nondimeno il decorso del tempo, nella fase dell'esecuzione della pena, esige una valutazione in concreto, che consideri l'evoluzione della personalità del detenuto anche rispetto al contesto esterno al carcere, nel quale si prospetti la possibilità di un (sia pur breve e momentaneo) reinserimento dello stesso detenuto, potendosi ipotizzare, peraltro, che l'associazione criminale di originario riferimento, a esempio, non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione. Ne deriva, perciò, in lesione dell'art. 3 Cost., l'irragionevolezza – nonché, anche sotto questo profilo, il contrasto con la funzione rieducativa della pena – di una presunzione assoluta di pericolosità sociale che, a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto, presupponga l'immutabilità sia della personalità del condannato che del contesto esterno di riferimento.

3.4 (segue) Gli effetti che potranno conseguire alla sentenza.

Quali gli effetti che potranno conseguire dalla sentenza?

La vicenda giudiziaria che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P., soprattutto alla luce della precedente censura registratasi all'indomani della sentenza della Corte EDU nel caso *Viola c. Italia*, non può non indurre innanzi tutto ad alcune riflessioni di sistema sulle ricadute che tale impostazione avrà inevitabilmente in un settore delicatissimo come quello del contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso e, secondariamente, a uno scrutinio sugli effetti che potranno scaturiranno da questa pronunzia nella gestione delle richieste di permessi premio da parte di tutte le autorità coinvolte.

Sotto il primo profilo, tali riflessioni, pur nel doveroso rispetto dell'autorevolezza degli Organi Giurisdizionali che si sono pronunciati, devono partire dall'incontestabile presa d'atto della significativa erosione di uno strumento - la collaborazione con la giustizia - che, fino a oggi, è stato ritenuto fondamentale sia per tentare di recidere i legami criminali tra il detenuto e il territorio di riferimento, sia per incentivare le collaborazioni con la giustizia che, allo stato dell'esperienza giudiziaria, costituiscono prova di un reale percorso rieducativo dell'affiliato.

Epperò, a giudizio di chi scrive, quali che siano gli echi che potranno scaturire dalla sentenza oggetto di commento, gli effetti neppure in tale caso potranno essere dirompenti, sol che si consideri la peculiarità del permesso premio previsto dall'art. 30 *ter* O.P., che - non modificando in alcun modo le condizioni restrittive del condannato - possiede «una connotazione di contingenza che non ne consente l'assimilazione integrale alle misure alternative alla detenzione», per quanto - in prospettiva repressiva - non fossero del tutto peregrine le considerazioni formulate in sede di intervento dall'Avvocatura dello Stato, che aveva osservato che la *ratio* della norma è quella «di evitare l'uscita dal carcere – anche solo per poche ore – di condannati verosimilmente ancora pericolosi, in particolare in ragione dei loro persistenti legami con la criminalità organizzata».[33]

Dunque, non si può che convenire sul fatto che il dibattito politico-mediatico, non certo quello tecnico-giuridico, ha avuto troppa e impropria rilevanza,[34] atteso che la sentenza in questione non ha evidentemente sancito *tout court* l'illegittimità della previsione dell'obbligo di collaborazione da sempre previsto dall'art. 4 *bis* c. 1 O.P. ma ha caducato, unicamente con riferimento alla materia del permesso premio *ex art.* 30 *ter* O.P., l'equazione secondo cui “non collaborazione = permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata” e quindi permanenza di pericolosità, trasformando la presunzione assoluta di pericolosità in presunzione relativa.

È evidente, infatti, come la decisione limiti la propria portata oggettiva unicamente al beneficio oggetto della pronunzia, offrendo una “prospettiva di salvezza” per coloro i quali hanno già percorso un giudizio di *impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di utile*

collaborazione con la giustizia conclusosi con una decisione negativa ormai definitiva, nonché per coloro che, in una prospettiva prognostica, non siano nelle condizioni di ottenere un giudizio positivo.

Viceversa, dalla portata del *dictum* rimangono esclusi tutti gli altri benefici pure richiamati dall'art. 4 *bis* O.P. che, quantomeno allo stato della vigente legislazione come interpretata dalla Corte Costituzionale, se richiesti da un detenuto per delitto ostativo non collaborante, soggiacciono alle stesse regole previgenti la decisione Costituzionale; sicché l'ammissibilità della domanda per tutti gli altri benefici ivi richiamati dall'art. 4 *bis* O.P., diversi dal permesso premio, allo stato continuerà a essere sempre subordinata alla preliminare verifica di una condotta collaborativa *utile* o per equipollente nelle forme dell'*impossibilità* o *inesigibilità*.^[35]

Sotto il secondo dei profili accennati in premessa, lo scrutinio degli effetti che potranno scaturiranno da questa pronuncia nella gestione delle richieste di permessi premio da parte di tutte le autorità coinvolte, a giudizio di chi scrive, passa sia per una valutazione più stringente che può essere già fatta allo stato dell'arte, che per una valutazione *de iure condendo* che tenga conto del possibile eco che, a livello legislativo, potrà avere la sentenza.

Allo stato dell'arte, lo scrutinio degli effetti può evincersi già da un passaggio significativo che si legge nelle motivazioni della sentenza della Corte: il caso sottoposto alla valutazione della Corte riguardava fattispecie delittuose afferenti all'affiliazione a una associazione mafiosa (e dei reati a questa collegati): ne consegue, a giudizio della medesima Corte, che la valutazione in concreto di accadimenti idonei a superare la presunzione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata – da parte di tutte le autorità coinvolte, e in primo luogo a opera del magistrato di sorveglianza – dovrà rispondere a criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo.

Ciò giustifica che la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta, sia superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi.

Quali siano questi elementi, afferma la Corte, lo evidenzia la stessa evoluzione del medesimo art. 4 *bis* O.P., come richiamata in apertura del presente contributo, dal momento che prima dell'introduzione del requisito della collaborazione con la giustizia già si stabiliva per i reati della "prima fascia" che l'accesso a taluni benefici previsti dall'ordinamento penitenziario fosse possibile alla stregua di un parametro probatorio particolarmente elevato, vale a dire solo se fossero stati acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». Per riprendere le parole della Corte Costituzionale [il riferimento è alla sentenza nr. 68 del 1995], era quindi disegnato, per questi reati, un sistema fondato su di «un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa». ^[36]

L'acquisizione di tali elementi consente alla magistratura di sorveglianza, attraverso un efficace coordinamento con tutte le autorità competenti in materia, di svolgere d'ufficio una seria verifica non solo sulla condotta carceraria del condannato nel corso dell'espiazione della pena, ma altresì sul contesto sociale esterno in cui, sia pure temporaneamente ed episodicamente, il detenuto sarebbe autorizzato a rientrare per effetto della fruizione del permesso premio; coordinamento, quello con le altre autorità coinvolte nella concessione del permesso premio, che non è meramente interlocutorio ma che entra a pieno titolo nel complesso meccanismo funzionale alla concessione del permesso, per due ordini di ragioni, ambedue inferibili dal sistema normativo; e infatti:

- a norma dell'art. 4 *bis* c. 2 O.P., ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 (perciò, anche del permesso premio) la magistratura di sorveglianza decide non solo sulla base delle relazioni della pertinente autorità penitenziaria ma, altresì, delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente;

- ai sensi dell'art. 4 *bis* c. 3 *bis* O.P., tutti i benefici ivi richiamati, compreso il permesso premio, «non possono essere concessi» [ferma restando l'autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza (in tal senso Corte di Cassazione, sezione prima penale, sentenza 5 dicembre 2016, nr. 51878)] quando il Procuratore nazionale antimafia (oggi anche antiterrorismo) o il Procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del competente comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

- In tale contesto, scatta un meccanismo di *probatio* quasi *diabolica* che grava interamente sul detenuto, rendendo - a giudizio di taluni[37] - praticamente impossibile la concessione del permesso premio; perché se per un verso il percorso del detenuto [prima del tutto neutrale in base alla disciplina dichiarata inCostituzionale] non potrà più essere dichiarato irrilevante, tuttavia «quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del competente comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» l'onere della prova che si incardina sul detenuto assume un significativo rilievo, con tratti di maggiore o minore gravosità, a seconda che la valutazione ostativa alla concessione del beneficio sia puntuale ovvero genericamente limitata cioè all'affermazione della mera mancanza di elementi positivi, dal momento che se le informazioni pervenute depongono in senso negativo, incomberà sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno.[38]

- È indubbio infatti che il regime probatorio rafforzato - così come scaturisce dal *dictum* della Corte - debba <estendersi all'acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali.....al fine di evitare che il già richiamato interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4-bis ordin. penit., finisca per essere vanificato>.

- Di entrambi tali elementi – esclusione sia dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che del pericolo di un loro ripristino – grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l'onere di fare specifica allegazione.
- Tanto premesso in ordine agli effetti immediati che scaturiranno dalla sentenza della Corte, non possono escludersi tuttavia, in una prospettiva *de iure condendo*, eventuali ulteriori effetti che potranno scaturire dal possibile eco che, a livello legislativo, potrà avere la sentenza in questione in un settore delicatissimo come quello del contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso.
- È innegabile infatti che le plurime vicende giudiziarie che ha portato alla doppia censura dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P., dapprima da parte della sentenza della Corte EDU nel caso *Viola c. Italia* e poi da parte della Corte Costituzionale, come si diceva poc'anzi non possono non indurre a una riflessione di sistema sulle ricadute che tale impostazione avrà inevitabilmente in un settore delicatissimo come quello del contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Sicché, dall'incontestabile presa d'atto di un percorso giurisprudenziale che tende alla sostanziale erosione della collaborazione con la giustizia, fino a oggi strumento formidabile per tentare di recidere i legami criminali tra il detenuto e il territorio di riferimento, potrebbe conseguire da parte del legislatore un sistema di riforme tese sia a implementare le misure di rigore contro le organizzazioni mafiose, preservando gli istituti già esistenti grazie ai quali, nel corso degli anni, sono stati inferti i colpi più duri alla criminalità [si pensi esemplificatamente al regime carcerario previsto dall'art. 41 *bis* O.P.], sia a inasprire l'onere probatorio che già grava sul condannato per effetto della pronuncia della Corte, introducendo tra gli elementi che il condannato medesimo deve fornire per far venir meno la presunzione di pericolosità anche l'assenza di elementi di collegamenti con organizzazioni criminali diverse dal contesto originario, ipotesi da non escludere specie ove la richiesta di concessione del beneficio sia lontana dal tempo del commesso delitto.

4. La sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018.

La sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018, resa a seguito dell'udienza pubblica del 20-6-2018, depositata il 11-7-2018 e pubblicata sulla G.U. del 18-7-2018 nr. 29, ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P.^[39] nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato nonché ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 289 *bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato.

4.1 (*segue*) Le disposizioni normative coinvolte nella censura di costituzionalità.

La comprensione dell'esatta portata dell'ultima sentenza oggetto di commento nel presente contributo, passa per un richiamo necessitato alla norma oggetto della censura di costituzionalità.

Nelle ipotesi in cui la condanna sia pronunciata per *sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione* (art. 289 *bis* c.p.) o per *sequestro di persona a scopo di estorsione* (art. 630 c.p.) - delitti ambedue ricompresi nella c.d. "prima fascia" dell'art. 4

bis O.P. - e il colpevole abbia cagionato la *morte della vittima* l'ergastolo irrogato per tali fattispecie criminali assume, a norma dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P. nella versione originariamente introdotta con il decreto legge nr. 152/1991, una connotazione particolare: i condannati non possono essere ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4 *bis* [quindi il lavoro all'esterno, i permessi-premio e la semilibertà, con esclusione della liberazione anticipata e della liberazione condizionale] se non abbiano *effettivamente* espiato..., nel caso dell'ergastolo, *almeno ventisei anni di pena*". Quindi, ferma restando che colui che abbia riportato una condanna all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 289 *bis* c. 3 c.p. e all'art. 630 c. 3 c.p. si vedrà sbarrato l'accesso a detti benefici qualora *non collabori con la giustizia* ex art. 58 *ter* O.P. ovvero non si trovi in una delle condizioni equiparate *ex lege* all'*utile* collaborazione [collaborazione *impossibile* o *irrilevante* ex art. 4 *bis* c. 1 *bis* O.P.] e neppure sia in grado di vincere, fornendo prova contraria, la presunzione di pericolosità insita nel dichiarato rifiuto di collaborare [alla luce del *dictum* della Corte Costituzionale reso con la sentenza nr. 253/2019 valevole ovviamente solo nel caso in cui l'ergastolano ostativo richieda un permesso premio], nel caso, invece, di *collaborazione utile, o impossibile, o irrilevante, ovvero di idoneità delle prove offerte in valutazione a vincere la presunzione di pericolosità insita nel rifiuto di prestare utile collaborazione* [alla luce del *dictum* della Corte Costituzionale reso con la sentenza nr. 253/2019 con riferimento unicamente alla richiesta di permesso premio] il condannato, per effetto dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P., potrà accedere a uno dei benefici ivi previsti dall'art. 4 *bis* c. 1 O.P. unicamente al termine di ventisei anni di effettiva espiazione.

Lo specifico contesto normativo in cui la disposizione oggetto della censura di costituzionalità si inserisce, lo rammenta la stessa Corte Costituzionale con la sentenza oggetto di commento: correva l'anno 1991 quando, per un verso, vennero introdotte incisive misure volte a contrastare l'odioso, e all'epoca ancora assai diffuso, fenomeno criminoso dei sequestri di persona a scopo di estorsione, per l'altro il legislatore – comprensibilmente allarmato dalle crescenti minacce provenienti dalla criminalità mafiosa, che l'anno seguente sarebbero culminate nelle stragi di Capaci e di via D'Amelio – attuò una prima parziale correzione di rotta rispetto alla filosofia di fondo degli interventi realizzati sull'ordinamento penitenziario prima nel 1975 e poi nel 1986, introducendo un sistema di preclusioni all'accesso ai benefici, applicabile ai condannati per particolari delitti. Dunque, dapprima con il decreto-legge 15 gennaio 1991, nr. 8 [recante *Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*], convertito, con modificazioni, nella legge 15 marzo 1991, nr. 82, venne introdotto il cosiddetto "blocco dei beni" dei sequestrati e dei loro familiari; mentre, a poca distanza da tale intervento legislativo, con il decreto-legge nr. 152 del 1991, il legislatore, come si è ripetutamente detto all'interno del presente contributo, intese rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata rispetto all'impianto di favore su cui aveva inciso in profondità, soltanto qualche anno prima, la legge 10 ottobre 1986, nr. 663 [recante *Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*], più nota come "legge Gozzini", anche attraverso una serie di modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, introducendo - appunto per effetto dell'art. 4 *bis* - un sistema di preclusioni all'accesso a taluni benefici

previsti dall'ordinamento penitenziario applicabile ai condannati per particolari delitti nonché una serie di soglie temporali rigide per l'accesso ai benefici del lavoro all'esterno, dei permessi premio e della semilibertà, disponendo in particolare che per questi condannati una quota parte (pari a due terzi o, nel caso dei permessi premio, alla metà) della pena dovesse essere espiata necessariamente in carcere. Parallelamente, il nuovo art. 58 *ter* O.P. stabilì, in chiave premiale, che, in caso di collaborazione con la giustizia da parte del detenuto, tali soglie temporali non dovessero più trovare applicazione, con conseguente ri-espansione della disciplina generale relativa a ciascun beneficio. Ma con specifico riguardo ai soli condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o di eversione, l'originario decreto legge nr. 152/1991, come convertito, introdusse altresì la disposizione di cui all'art. 58 *quater* c. 4 O.P., mai modificata in seguito (e, per l'appunto oggetto della censura di costituzionalità), a tenore della quale, nell'ipotesi in cui tali condannati avessero cagionato la morte del sequestrato, nessuno dei benefici indicati nell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. potesse essere loro concesso, sino a che non avessero effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni. Il richiamo testuale all'avverbio «effettivamente» contenuto nell'art. 58 *quater* evidenzia l'inequivoca volontà del legislatore di subordinare l'accesso concreto a ciascun beneficio all'integrale espiazione dei due terzi della pena o, nel caso di ergastolo, di ventisei anni; con conseguente inoperatività relativamente ai benefici richiamati, per queste tipologie di condannati, della cosiddetta presunzione di espiazione sancita, in via generale, dall'art. 54 c. 4 O.P. Mentre, dunque, per la generalità dei condannati le soglie temporali di accesso ai singoli benefici possono essere anticipate per effetto delle detrazioni conseguenti alla liberazione anticipata, in proporzione al numero di semestri nei quali la loro partecipazione all'opera di rieducazione sia stata valutata in termini positivi, la soglia dei due terzi di pena o dei ventisei anni nel caso di ergastolo, per le speciali categorie di condannati cui si riferisce l'art. 58 *quater* non è suscettibile di alcuna riduzione per effetto della liberazione anticipata, pure eventualmente maturata dal condannato per effetto della sua partecipazione all'opera rieducativa durante l'intero corso della sua permanenza in carcere: con la conseguenza che, rispetto al caso specifico dei condannati all'ergastolo, le detrazioni di pena virtualmente accumulate a titolo di liberazione anticipata (già inidonee a incidere sul termine finale della pena, che è inflitta a titolo perpetuo) divengono del tutto inutili ai fini pratici, dal momento che – una volta espiati ventisei anni effettivi di pena – le ordinarie soglie temporali per la concessione di tutti gli altri benefici previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario sono già ampiamente scadute.

Tale regime - a tutta evidenza derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria - è insensibile all'eventuale collaborazione processuale del detenuto o alle situazioni a esse equiparate ai sensi dell'art. 4 *bis* O.P. e quindi alla collaborazione *impossibile* o *irrilevante*, che -pur restando condizioni per l'accesso a qualsiasi beneficio (eccezion fatta per la liberazione anticipata) da parte dei condannati per i reati indicati dall'art. 58 *quater* (che rientrano, come si è più volte sottolineato, tra quelli di prima fascia ai sensi dell'art. 4 *bis*) - non comporta il venir meno delle soglie di due terzi della pena o di ventisei anni stabilite dall'art. 58 *quater*, e ciò a differenza di quanto accade per tutti gli altri condannati per i delitti indicati dall'art. 4 *bis*, per i quali la collaborazione con la giustizia rende invece

inoperanti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 58 *ter*, le più gravose soglie per l'accesso a ciascun beneficio introdotte con la medesima novella del 1991, con conseguente ri-espansione delle ordinarie soglie applicabili alla generalità dei condannati.

4.2 (*segue*) Il fatto da cui è scaturita la questione di costituzionalità.

Il caso da cui trae origine la pronuncia della Corte riguardava un condannato all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c. 3 c.p., il quale aveva presentato istanza di ammissione alla semilibertà dopo aver espiato in carcere un periodo di pena pari a ventidue anni, undici mesi e ventidue giorni di detenzione, tenendo conto delle detrazioni di pena conseguite a titolo di liberazione anticipata, e quindi ampiamente superiore al limite di venti anni di pena espiata cui è normalmente subordinata, ai sensi dell'art. 50 c. 5 O.P., la concessione della semilibertà nei confronti dei condannati all'ergastolo. Nella specie, inoltre, non sussistevano le condizioni ostative alla concessione dei benefici penitenziari stabilite dall'art. 4 *bis* O.P., dal momento che il detenuto in questione si era trovato sin dall'inizio nell'impossibilità di prestare un'utile collaborazione a norma dell'art. 58 *ter* O.P., essendo le autorità da subito pervenute all'integrale accertamento dei fatti e delle relative responsabilità. Al condannato il Tribunale di sorveglianza aveva dato atto, infine di aver compiuto una seria "rivalutazione critica del reato commesso", documentata da un "eccezionale impegno negli studi universitari", dal lavoro svolto presso un *call center* all'interno dell'istituto penitenziario e da un'offerta di lavoro all'esterno proveniente da una cooperativa. Esistevano, dunque, tutte le condizioni che normalmente consentono l'accesso alla misura alternativa, precluso nel caso di specie soltanto dalla disposizione dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P.

4.3 (*segue*). Il percorso motivazionale seguito dalla Corte.

La sentenza in questione ha dunque affrontato nuovamente il tema dell'ergastolo ma sotto un profilo differente rispetto a quello oggetto della sentenza della Corte EDU nel citato ricorso *Viola c. Italia*.

Le censure di illegittimità Costituzionale mosse dal Tribunale di sorveglianza di Venezia nei confronti dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P. si sono appuntate su due principi: quello di *eguaglianza ex art. 3 Cost.* e quello della rieducazione del condannato *ex art. 27 c. 3 Cost.*

Sotto il primo profilo, il giudice *a quo* aveva denunciato un'irragionevole disparità di trattamento dei condannati all'ergastolo per sequestro di persona a scopo di estorsione rispetto ai condannati per i restanti delitti di prima fascia di cui all'art. 4 *bis* O.P., che implicano spesso la causazione della morte di una o più persone; ciò che - di per sé - sarebbe sufficiente, ad avviso del giudice a quo, «per dimostrare che la presunzione di maggiore gravità/disvalore attribuita oggettivamente al delitto di cui all'art. 630, comma 3, c.p., o soggettivamente al condannato per tale fatto – tanto da meritarsi un trattamento penitenziario deteriore – è una presunzione irragionevole in quanto contrastante con l'art. 3 Cost., non rispondendo a dati di esperienza generalizzati riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*».

La disparità di trattamento è resa oltremodo evidente sol che si consideri che la generalità degli ergastolani non sottoposti al regime di cui all'art. 58 *quater* O.P. può di regola essere ammessa:

a) al lavoro all'esterno, dopo l'espiazione di almeno dieci anni (art. 21 c. 1 ultima proposizione O.P.), riducibili sino a un minimo di otto anni in conseguenza dell'integrale riconoscimento delle detrazioni di pena conseguenti alla liberazione anticipata;

b) ai permessi premio, dopo l'espiazione, parimenti, di dieci anni (art. 30 *ter* c. 2, lettera d, O.P.), anch'essi riducibili sino a un minimo di otto anni grazie alla liberazione anticipata;

c) alla semilibertà, dopo l'espiazione di venti anni (art. 50 c. 5 O.P.), riducibili sino a un minimo di sedici anni grazie alla liberazione anticipata;

d) alla liberazione condizionale, dopo l'espiazione di ventisei anni (art. 176 c. 3 c.p.), anch'essi riducibili a un minimo di circa ventun anni grazie, ancora, alla liberazione anticipata.

Tutti questi benefici – sempre, naturalmente, subordinati nel caso concreto al positivo riscontro, compiuto dai competenti organi giurisdizionali di sorveglianza, della meritevolezza del condannato in relazione ai requisiti previsti per la concessione di ciascun beneficio – possono essere concessi ai condannati per i delitti previsti dall'art. 4 *bis* O.P. soltanto in presenza delle condizioni stabilite da tale disposizione, finalizzate a impedire l'uscita dal carcere di detenuti ancora socialmente pericolosi: in particolare, per ciò che concerne gli ergastolani condannati (anche o esclusivamente) per delitti di prima fascia, in presenza di una loro collaborazione con la giustizia, o delle situazioni a essa normativamente equiparate.

Rispetto invece ai soli condannati all'ergastolo per sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo o eversione, pur in presenza di una loro collaborazione con la giustizia o delle condizioni equiparate, le soglie di pena poc'anzi indicate non sono operative, e vengono in blocco sostituite dall'unica soglia temporale di ventisei anni (non riducibile, come si è sottolineato, per effetto della liberazione anticipata), che vale per l'ammissione sia al lavoro all'esterno, sia ai permessi premio, sia – infine – alla semilibertà, sia rispetto alla liberazione condizionale, in forza della disciplina generale di cui all'art. 176 c. 3 c.p. In definitiva, il quadro normativo di riferimento consegna una disciplina penitenziaria nel suo complesso pesantemente deteriore per i condannati all'ergastolo o a pena temporanea per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo o eversione che abbiano cagionato la morte della vittima, non solo rispetto alla generalità dei condannati, ma anche rispetto ai condannati per gli altri delitti di cui all'art. 4 *bis* O.P., compresi quelli di prima fascia, per i quali la concessione dei benefici è subordinata alla loro collaborazione con la giustizia o alle situazioni equiparate.

Sotto il secondo profilo, il giudice *a quo* aveva denunciato l'intrinseca incompatibilità della disciplina in questione con il *principio della rieducazione del condannato*, dal momento che la disciplina censurata rende la pena dell'ergastolo comunque sorda, per un rilevantissimo arco temporale, a qualsiasi progresso compiuto dal condannato nella

direzione di un progressivo reinserimento sociale,[40] in violazione, anche sotto tale aspetto, dell'assetto Costituzionale dal momento che sarebbe «del tutto irrazionale [...] prevedere che l'ergastolano per il delitto ex art. 630, comma 3, c.p. possa accedere a un permesso premio, magari solo di poche ore, dopo l'espiazione di 26 anni di pena "effettiva", mentre già alla medesima soglia di pena – anzi, quella risultante anche dal computo della liberazione anticipata – il condannato ergastolano per un diverso "reato 4-bis" (di pari o maggiore gravità), possa accedere addirittura alla liberazione condizionale».

A fronte delle censure ravvisate dal giudice *a quo*, la Corte ha ravvisato la prima censura sull'«appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4 *bis* ord. penit.>, sulla base del rilievo secondo cui <il principio della progressività trattamentale e flessibilità della pena> non solo è <sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario>, ma è diretto alla <attuazione del canone Costituzionale della finalità rieducativa della pena>, con la conseguente illegittimità Costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27 c. 3 Cost., di una disciplina – quella dettata dall'art. 58 *quater* c. 4 O.P. – <che sovverte irragionevolmente la logica gradualistica che ispira la legislazione penitenziaria>, escludendo per almeno ventisei anni dai 'benefici penitenziari' i condannati all'ergastolo a norma degli artt. 289 *bis* c. 3 c.p. e 630 c. 3 c.p., salvo ammetterli dopo circa vent'anni alla liberazione condizionale, <approdo finale di un processo che potrebbe non essersi mai avviato>.

A tale profilo di irragionevolezza intrinseca della disciplina può, a giudizio della Corte, aggiungersi l'ulteriore considerazione secondo cui la disposizione censurata, annullando ogni effetto pratico delle detrazioni di pena a titolo di liberazione anticipata sino al termine di ventisei anni, riduce fortemente per il condannato all'ergastolo [per usare le considerazioni già espresse nelle sentenze nr. 186 del 1995 e nr. 276 del 1990] l'incentivo a partecipare all'opera di rieducazione, in cui si sostanzia la *ratio* dello stesso istituto della liberazione anticipata.

Così ricostruito il percorso motivazionale della sentenza, è indubbio che la sentenza in questione - se per un verso ha fornito alla Consulta l'occasione per affermare nuovamente la centralità del finalismo rieducativo della pena - segni una svolta nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, dal momento che, qui si per la prima volta, una dichiarazione di illegittimità Costituzionale ha investito frontalmente una forma di ergastolo, che tuttavia, rivolgendosi a una ristretta gamma di destinatari si colloca, almeno dal punto di vista statistico, ai margini del sistema sanzionatorio.[41]

Rimane però - pur a fronte della marginalità dell'istituto oggetto della censura rispetto al sistema sanzionatorio - la estrema significatività del tema affrontato dalla Corte, che riafferma nuovamente la centralità del finalismo rieducativo della pena nella forma del reinserimento sociale del condannato che dimostri di partecipare al percorso rieducativo: in definitiva – rammenta la Corte – anche l'autore dei crimini più efferati può intraprendere un cammino di profonda revisione critica del suo passato, ma a questo <gesto di responsabilità individuale, deve poter corrispondere un gesto di responsabilità collettiva da parte della società nel suo complesso, funzionale a consentire e a stimolare il

percorso di cambiamento intrapreso dal detenuto, anche attraverso la previsione di graduali incentivi, che – nell’attenuare il rigore della pena inflitta – favoriscano il reinserimento sociale del reo>.[42]

A questo riguardo, appaiono molto interessanti le considerazioni che alcuni Autori[43] hanno elaborato in ordine ai significativi elementi di novità che questa sentenza presenta rispetto alla prima pronunzia in ordine temporale con cui la Corte Costituzionale, per l’appunto sin dal lontano 1974, ebbe ad affermare la compatibilità della pena dell’ergastolo con il principio di rieducazione della pena sancito dall’art. 27 c. 3 Cost.

Il richiamo è alla già citata sentenza nr. 264/1974, allorché la Corte affermò che non vi è dubbio <che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l’art. 27 della Costituzione... non ha proscritto la pena dell’ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell’esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l’efferatezza della loro indole>, così proponendo una lettura antitetica del principio della rieducazione del condannato rispetto alla lettura formulata nella sentenza in commento.

All’epoca, quindi, la Corte ebbe a proporre una lettura del principio Costituzionale della funzione della pena così da sbriciolarne, in definitiva, la portata: <l’affermazione che “le pene... devono tendere alla rieducazione del condannato” veniva tradotta in termini di “*sperata emenda*”: il dovere diventava speranza; la rieducazione diventava emenda, cioè rigenerazione morale, avulsa da ogni rapporto con la società>.[44]

È di assoluta, evidenza, quindi la differenza siderale rispetto alla lettura che - del medesimo principio - restituisce la Corte nella sentenza oggetto di commento, dove si sottolinea invece che la funzione rieducativa della pena risponde a un *imperativo Costituzionale* e che rieducazione deve intendersi come *fondamentale orientamento della pena all’obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società*.[45]

Il medesimo autore osserva che mentre nella visione della sentenza nr. 264/1974, la finalità rieducativa della pena poteva essere sacrificata, in base a insindacabili decisioni legislative, sull’altare di imponderabili valutazioni di prevenzione generale o di prevenzione speciale, nella sentenza nr. 149/2018 la Corte Costituzionale afferma l’opposto “principio della *non sacrificabilità della funzione rieducativa* sull’altare di ogni altra... funzione della pena”.

Affermazione, quest’ultima, che l’Autore da ultimo citato saluta con incondizionato favore sul rilievo che – se per un verso oggi le <forze politiche di maggioranza, sotto lo slogan, grossolanamente manipolato, della certezza della pena, invocano l’esigenza di pene immutabili *in itinere*> proponendosi <di realizzare controriforme dell’ordinamento penitenziario che facciano piazza pulita di ogni misura premiale, così da assicurare, come si è sentito dire in campagna elettorale, che “chi deve fare vent’anni di galera ci resti vent’anni”> - per altro verso, il segnale trasmesso, in questo contesto, dalla Corte

Costituzionale <acquista una rilevanza diversa rispetto a quella che avrebbe avuto in passato: suona come un monito a difesa, per l'oggi e per il domani, di un diritto penale che faccia salvi fondamentali principi di civiltà>.

Epperò, la lettura - di evidente incondizionato favore - della sentenza della Corte che sposa l'Autore non convince, perché - come si è ricordato all'interno del presente contributo - relegare la certezza della pena unicamente a uno slogan, grossolanamente manipolato, dalle forze politiche di maggioranza [quand'anche allo scopo di dare ragionevoli risposte a una opinione pubblica impaurita da un generalizzato clima di insicurezza] dimentica, ancora una volta, che quello che è prioritario nel bilanciamento degli interessi in gioco è quel valore supremo costituito, non già (semplicisticamente) dalla pretesa punitiva dello Stato, bensì dalla tutela della collettività e dei diritti inviolabili del singolo che la Repubblica riconosce e garantisce (articolo 2 della Costituzione), rispetto alla quale la pretesa punitiva dello Stato è un mero strumento di azione.

5. Conclusioni.

Questo in definitiva il cuore della pronuncia della sentenza della Corte.

Sembra, in definitiva, che si confermi il presupposto da cui si era partiti in apertura del presente contributo.

Ricondurre le tre sentenze oggetto di commento a quell'unico filone giurisprudenziale che tende alla erosione dell'ergastolo ostativo sembra, a chi scrive, riduttivo, proprio in ragione dei differenti tratti di complessità di ciascuna di esse.

Quel che è certo però è che ci si avvia verso un tentativo di sostanziale erosione dell'istituto della collaborazione con la giustizia.

Sicché, per concludere, chi scrive ritiene che la prospettiva che deve essere costruita per il futuro debba tendere inevitabilmente a implementare le misure di contrasto contro le organizzazioni criminali di stampo mafioso o terroristico, da un lato preservando gli istituti già esistenti grazie ai quali sono stati inferti i colpi più duri alla criminalità [come, esemplificatamente, il regime carcerario dell'art. 41 *bis* previsto dall'ordinamento penitenziario], dall'altro intervenendo più incisivamente sia sul meccanismo sanzionatorio che sul sistema processuale, per rispondere all'esigenza di colpire le organizzazioni criminali nei suoi multiformi aspetti.

Ma, affinché questa prospettiva non rimanga un mero auspicio, appare indispensabile che venga avviata, anche all'interno dei cultori del diritto, dei tecnici e anche delle diverse anime della magistratura anche associata, una riflessione culturale profonda sul significato della giurisdizione nella specificità del contrasto alle mafie, che - ferma restando l'insopprimibile priorità che deve essere garantita alla tutela della collettività nel suo complesso, così come impone l'art. 2 Cost., rispetto alle garanzie del reo - dia assoluta e preminente centralità alla problematica geografia criminale del nostro Paese, in cui in definitiva nessuna articolazione territoriale può, ragionevolmente, considerarsi esente dal pericolo di infiltrazioni mafiose nel tessuto sociale ed economico.

[1] L'art. 58 *quater* O.P., rubricato <Divieto di concessione di benefici>, nella formulazione antecedente la declaratoria di costituzionalità, così recitava:

1. [L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale.]
2. [La disposizione del comma 1 si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'articolo 47, comma 11, dell'articolo 47 ter, comma 6, o dell'articolo 51, primo comma.]
3. [Il divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di tre anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca indicato nel comma 2.]
4. [I condannati per i delitti di cui agli articoli 289 bis e 630 del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'articolo 4 bis se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni.]
5. Oltre a quanto previsto dai commi 1 e 3, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI non possono essere concessi, o se già concessi sono revocati, ai condannati per taluni dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1quater dell'articolo 4 bis, nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione.
6. Ai fini dell'applicazione della disposizione di cui al comma 5, l'autorità che procede per il nuovo delitto ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza del luogo di ultima detenzione dell'imputato.
7. Il divieto di concessione dei benefici di cui al comma 5 opera per un periodo di cinque anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca della misura.
- 7-bis. L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale.

[2] L'art. 4 *bis* O.P., rubricato <Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati di taluni delitti> così recita:

1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58 ter della presente legge o a norma dell'articolo 323 bis, secondo comma, del codice penale: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, primo comma, 320, 321, 322, 322 bis, 416 bis e 416 ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600 bis, primo comma, 600 ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609 octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, nr. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, nr. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, nr. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-nonies e 17-bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, nr. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, nr. 82, e successive modificazioni.

1 *bis*. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale.

[3] L'art. 58 *ter* O.P., rubricato <Persone che collaborano con la giustizia> così recita:

1. I limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell'articolo 21, del comma 4 dell'articolo 30 ter e del comma 2 dell'articolo 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4 bis, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

2. Le condotte indicate nel comma 1 sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione.

[4] L'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo così recita: <Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti>.

[5] L'art. 22 del codice penale rubricato <Ergastolo>, così recita: <La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli istituti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.

Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto>.

[6] Va precisato come pure si dirà più diffusamente all'interno del presente contributo che, se pure il nucleo originario delle figure ostative è rimasto inalterato, esso ha dimostrato nel tempo una significativa tendenza espansiva: l'art. 4-*bis* O.P. si è così arricchito di una serie estremamente variegata ed eterogenea di ulteriori fattispecie delittuose, che hanno irrimediabilmente alterato la fisionomia della norma. Si pensi da ultimo, a titolo esemplificativo, alla disciplina introdotta con la legge nr. 3/2019 c.d. spazzacorrotti. Si è venuto così a creare una sorta di circolo vizioso: l'incremento delle fattispecie ostative ha determinato infatti una *vis attractiva*, stimolandone l'ulteriore proliferazione. Va peraltro rammentato, tuttavia, che la tendenza ampliativa del regime ostativo è dovuta non solo ad interventi espressi del Legislatore, ma altresì ad alcuni orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati. Secondo insegnamento costante della recente giurisprudenza di legittimità, per predicare l'applicabilità delle restrizioni all'accesso ai benefici penitenziari non è infatti necessario che la c.d. aggravante del metodo mafioso - oggi art. 416-*bis* c.p., già art. 7 l. 12 luglio 1991, nr. 203 - sia espressamente contestata nella sentenza di condanna. Al contrario, si consente al giudice della sorveglianza di ritenere la circostanza anche sulla sola base della lettura delle motivazioni della pronuncia di cognizione, che potranno così essere utilizzate *in malam partem* con effetti sostanzialmente retroattivi.

[7] Trattasi dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, primo comma, 320, 321, 322, 322 bis, 416 bis e 416 ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600 bis, primo comma, 600 ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609 octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, nr. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, nr. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, nr. 309.

[8] D. Galliani, A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2017, 35, sostengono che l'art. 4-bis O.P. avrebbe così assunto il ruolo di una sorta di surrogato della pena capitale, scomparsa con la caduta del regime fascista. Alla pena "della" morte si sarebbe pertanto sostituita una pena "fino alla" morte, che comunque ottiene l'effetto di espellere definitivamente dalla società i soggetti non desiderati. Così anche C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali*, Napoli, 2016, 65; F. Fiorentin, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2018, 7.

[9] Il pensiero corre alla prima sentenza in materia, nr. 306/1993, laddove si esprimono incertezze circa la ragionevolezza dei criteri presuntivi introdotti dal Legislatore.

[10] E. Dolcini, *"Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato): C. Cost., sent. 21 giugno 2018 (dep. 11 luglio 2018), nr. 149, pres. Lattanzi, est. Viganò"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, contributo pubblicato nel Fascicolo 7-8/2018

[11] A contorno di tali sentenze, peraltro, si registrano alcune pronunce di accoglimento, relative a specifici aspetti della disciplina dell'ergastolo: precisamente, ai rapporti dell'ergastolo con la liberazione anticipata[7], con la minore età del condannato[8] e con la revoca della liberazione condizionale[9].

[12] E. Dolcini, *cit.*

[13] Se si guarda alla giurisprudenza della Corte EDU, sin dal 2008 la Corte ha affermato che <la pena perpetua non riducibile> in assenza di una procedura che consenta una realistica possibilità di rilascio del detenuto, trascorso un determinato periodo di detenzione, è contraria alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le principali pronunzie sono state rese nel caso *Kafkaric c. Cipro* del 2008, nel caso *Vinter c. Regno Unito* del 2013, nel caso *Murray c. Olanda* del 2016, nel caso *Petukhov c. Ucraina* del 2019.

[14] Citazione da A. Cisterna, *Quel doppio binario di lotta alla mafia che va rimodulato*, in *Guida al Diritto*, nr. 44 del 26-10-2019, pag. 10.

[15] Così A. Cisterna, *cit.*, pag. 12-13.

[16] Ci si permette di fare richiamo, al contributo a firma della scrivente, *L'ordinamento penitenziario all'indomani del d.Lgs. nr. 123 del 2018 e della legge nr. 3 del 2019: quali conseguenze sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale?*, in questa *Rivista*, contributo pubblicato il 20-2-2019.

[17] Ci si richiama nuovamente al contributo già citato a firma della scrivente.

[18] Il riferimento è alla nota pronuncia 49/2015, che ha sostenuto la piena vincolatività sul piano interpretativo della "giurisprudenza consolidata" della Corte di Strasburgo.

[19] S. Santini, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, contributo pubblicato il 1 luglio 2019.

[20] Così F. Fiorentin, *Subito una riforma per adeguare l'ordinamento*, in *Guida al Diritto*, nr. 44 del 26-10-2019, pag. 26.

[21] Così F. Fiorentin, *ult. cit.*, pag. 27.

[22] N. Greco, *La fine del "fine pena mai"?*, in questa *Rivista*, contributo pubblicato il 14 novembre 2019.

[23] Così F. Fiorentin, *Subito una riforma per adeguare l'ordinamento*, in *Guida al Diritto*, nr. 44 del 26-10-2019, pag. 26.

[24] Si pensi alla

[25] Vds. a riguardo la copiosa giurisprudenza Costituzionale elaborata in sede cautelare che ha imposto al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili.

[26] N. Greco, *La fine del "fine pena mai"?*, in questa *Rivista*, contributo pubblicato il 14 novembre 2019.

[27] Con la sentenza nr. 239 del 2014 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., nella parte «in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge» nonché nella parte in cui «non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti». Per la Corte Costituzionale, la scelta legislativa di accomunare nel regime detentivo prefigurato dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. fattispecie e misure alternative tra loro eterogenee sarebbe lesiva dei parametri costituzionali evocati (si trattava degli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost.), in quanto illogica rispetto all'obiettivo di incentivare la collaborazione processuale quale strategia di contrasto alla criminalità organizzata: la subordinazione dell'accesso ai benefici penitenziari a un effettivo ravvedimento del condannato sarebbe giustificata solo quando si discuta di misure alternative che mirano alla rieducazione del condannato e non quando «al centro della tutela si collochi un interesse "esterno" ed eterogeneo».

[28] Con la sentenza nr. 76 del 2017 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 47-quinquies, comma 1-bis, ordin. penit., limitatamente all'inciso «salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis», evidenziando, con riferimento alla detenzione domiciliare speciale di cui alla disposizione allora censurata, l'inammissibilità di presunzioni assolute che neghino

l'accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena, impedendo al giudice di valutare in concreto la pericolosità sociale e facendo ricorso a indici presuntivi che comportano «il totale sacrificio dell'interesse del minore».

[29] Con la sentenza nr. 149 del 2018 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 58-quater, comma 4, ordin. penit., nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 289-bis e 630 cod. pen. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ribadendo i principi della progressività trattamentale e della flessibilità della pena «radicati nell'art. 27, comma terzo, Cost., che garantisce il graduale inserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale».

[30] Vds. a riguardo la copiosa giurisprudenza Costituzionale elaborata in sede cautelare che ha imposto al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili.

[31] A ben guardare - precisa la Corte - l'inaccessibilità ai benefici penitenziari, per il detenuto che non collabora, non è un vero automatismo, poiché è lo stesso detenuto, scegliendo di collaborare, a poter spezzare la consequenzialità della disposizione censurata. L'inaccessibilità ai benefici penitenziari è insomma una preclusione che non discende automaticamente dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. «ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo» (sentenza nr. 135 del 2003).

Pur tuttavia, ciò che al contrario riveste carattere assoluto è la presunzione della mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, che incombe sul detenuto non collaborante, perché non può essere superata da altro, se non dalla collaborazione stessa. Ed è proprio questo carattere assoluto a risultare in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

[32] La concessione dei permessi è ammessa:

1. a) nei confronti dei condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a quattro anni anche se congiunta all'arresto;
2. b) nei confronti dei condannati alla reclusione superiore a quattro anni, salvo quanto previsto dalla lettera c), dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena;
3. c) nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4 bis, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni;
4. d) nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni.

[33] Il riferimento è alla sentenza nr. 149 del 2018

[34] A. Ricci, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante, all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4 bis comma 1 bis o.p., a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 253 del 2019*, in *Giurisprudenza penale*, contributo pubblicato il 27 Gennaio 2020.

[35] Il riferimento è alla sentenza nr. 149 del 2018

[36] Di un tale regime, anche la versione attualmente vigente dell'art. 4-bis, ordin. penit. mantiene traccia testuale, al comma 1-bis. Infatti, tale comma estende la possibilità di accesso ai benefici penitenziari ai casi in cui un'utile collaborazione con la giustizia risulti inesigibile, impossibile od «oggettivamente irrilevante», sempre che, in questa evenienza, sia stata applicata al condannato taluna delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, numero 6), 114 o 116 cod. pen. Ma, ancora, per tutte le ipotesi appena indicate occorre che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

[37] Così M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza nr. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 dicembre 2019.

[38] In tal senso, già Corte di Cassazione, sezione prima penale, sentenza 12 maggio 1992, nr. 1639

[39] L'art. 58 *quater* O.P., rubricato <*Divieto di concessione di benefici*>, nella formulazione antecedente la declaratoria di costituzionalità, così recita:

1. [L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale.]
2. [La disposizione del comma 1 si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'articolo 47, comma 11, dell'articolo 47 ter, comma 6, o dell'articolo 51, primo comma.]
3. [Il divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di tre anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca indicato nel comma 2.]
4. [I condannati per i delitti di cui agli articoli 289 bis e 630 del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'articolo 4 bis se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni.]
5. Oltre a quanto previsto dai commi 1 e 3, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI non possono essere concessi, o se già concessi sono revocati, ai condannati per taluni dei delitti indicati nei

commi 1, 1-ter e 1quater dell'articolo 4 bis, nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione.

6. Ai fini dell'applicazione della disposizione di cui al comma 5, l'autorità che procede per il nuovo delitto ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza del luogo di ultima detenzione dell'imputato.

7. Il divieto di concessione dei benefici di cui al comma 5 opera per un periodo di cinque anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca della misura.

7-bis. L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale.

[40] E. Dolcini, *cit.*

[41] E. Dolcini, *cit.*

[42] A. Galluccio, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte Costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Questione Giustizia*, nr. 2/2018

[43] E. Dolcini, *cit.*

[44] E. Dolcini, *cit.*

[45] E. Dolcini, *cit.*