



Ergastolo ostativo. Forum fra Giudici e PM

di Paola Filippi e Roberto Conti

www.giustiziainsieme.it, 13 novembre 2019

Paola Filippi e Roberto Conti intervistano Paolo Canevelli, Fabio Gianfilippi, Nicola Gratteri, Lello Magi e Stefano Tocci

Sommario: 1. Le domande 2. La scelta del tema. 3. Le risposte. 4. Le conclusioni. 5. Intervista in pdf.

1. Le domande.

1) Quali sono stati gli effetti dell'art. 41 bis sulla lotta alla mafia?

2) *La sentenza della Corte costituzionale sul c.d. ergastolo ostativo può essere interpretata come un cedimento dello Stato rispetto all'esigenza di forte contrasto ai fenomeni criminali che i magistrati simbolo del contrasto alle mafie hanno per decenni perseguito dentro e fuori gli ambienti giudiziari?*

3) *La "personalizzazione" dell'art. 4 bis produrrà effetti negativi con riferimento alla lotta alle mafie? Potrebbe disincentivare la collaborazione? Potrebbe incentivare la risoluzione del legame associativo?*

4) *Il Prof. Fiandaca, nell'intervista rilasciata a Giustizia Insieme alla vigilia dell'attesa pronuncia della Corte costituzionale sul tema del c.d. ergastolo ostativo ha invitato a riflettere sulla necessità di rivisitare, sulla spinta delle scienze sociali contemporanee, l'approccio al topos dell'associato a Cosa nostra desunta dall'esperienza del passato, non potendosi dare per scontato che chi è stato mafioso una volta lo sarà per sempre. Qual è la tua idea in proposito?*

5) *Il fine rieducativo della pena, previsto dall'art.27 Cost., può secondo te essere bilanciato con altri valori di pari rango che possano rendere coerente con il quadro costituzionale il "fine pena mai"?*

6) *In questi giorni si è, da un lato, esaltata la decisione della Consulta nella parte in cui ha eliminato l'automatismo impeditivo del permesso premio in assenza di dissociazione, individuandola come orientata a favorire un meccanismo di necessario bilanciamento improntato alla personalizzazione della risposta sanzionatoria, capace di soluzioni giudiziarie quanto più adeguate, attagliate, congruenti rispetto al caso per come esso si delinea innanzi al giudice. Da altri si è sottolineata la sovraesposizione del giudice di sorveglianza, mettendo in discussione la stessa possibilità che il giudice si sostituisca alla legge nel valutare le condizioni per attenuare il concetto di fine pena mai, sottolineando i rischi di soluzioni non improntate al canone di certezza, prevedibilità ed uguaglianza? Qual è la tua opinione in proposito.*

7) *Il principio di uniformità impone l'individuazione oggettiva dei criteri e delle regole comuni di accertamento delle situazioni in cui l'ostatività viene meno, il*

compito di individuazione dei criteri, dei metodi e degli oneri probatori , per effetto della decisione della Consulta e mancanza di norme di dettaglio, grava sugli interpreti e quindi in ultima analisi sui magistrati. I magistrati hanno gli strumenti necessari per compiere un'operazione ermeneutica idonea ad evitare che dall'automatismo si passi alla difformità e all'arbitrio?

2. La scelta del tema.

All'indomani del comunicato con il quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità parziale del regime in tema di c.d. ergastolo ostativo con specifico riferimento alla concessione di permessi premio abbiamo assistito ad un fiorire di interventi di giuristi e giornalisti sul tema, a riprova del grande interesse suscitato dalla vicenda.

La diversità di prospettive e di opinioni sulla scelta della Corte costituzionale manifestate da più parti e a più riprese ci ha indotto ad aprire un piccolo *forum* sulle pagine della Rivista, intendendo offrire ai lettori le riflessioni di alcuni magistrati che svolgendo funzioni requirenti - Nicola Gratteri è il Procuratore della Repubblica di Reggio Calabria-, di sorveglianza - Fabio Gianfilippi è magistrato di sorveglianza a Spoleto- e di legittimità - Lello Magi è consigliere di Cassazione, Paolo Canevelli e Stefano Tocci, sono sostituti procuratori generali della Cassazione- hanno maturato rispetto al tema trattato poliedriche esperienze lavorative, idonee ad offrire punti di osservazione diversi oltreché punti di vista divergenti.

È proprio la necessità di mettere insieme le diversità, confrontarle sul terreno tecnico è stata anche qui, la stella polare che ha indirizzato *l'an* ed il *quomodo* delle domande e, quindi, delle risposte che seguono, affidate a Paolo Canevelli e Stefano Tocci, Sostituti Procuratori generali presso la Corte di Cassazione, Fabio Gianfilippi, Magistrato di Sorveglianza presso il Tribunale di Spoleto, Nicola Gratteri, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catanzaro e Lello Magi, Consigliere della 1^a sezione penale della Corte di Cassazione.

3. Le risposte.

1) Quali sono stati gli effetti dell'art. 41 bis sulla lotta alla mafia?

Paolo Canevelli

L'azione di contrasto dei fenomeni criminali che vengono comunemente definiti mafiosi si avvale di strumenti diversificati. Uno di questi è, senza dubbio, la previsione di un regime penitenziario differenziato secondo i criteri indicati dall'art. 41 bis, comma 2, dell'ordinamento penitenziario, a norma del quale il Ministro della Giustizia può sospendere le ordinarie regole del trattamento, che risultino in conflitto con le esigenze di ordine e sicurezza, nei confronti dei detenuti, definitivi o in custodia cautelare, per i quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale. Tale regime, introdotto all'indomani della strage di Capaci con il D.L. 8 giugno 1992, n. 306, ha consentito di raggiungere risultati importanti nella disarticolazione delle associazioni mafiose attraverso un effettivo e costante isolamento dei detenuti posti ai vertici delle organizzazioni rispetto sia alla popolazione carceraria, da sempre considerata bacino di rifornimento per le associazioni criminali, sia al contesto territoriale ed ambientale di riferimento, con una significativa limitazione dei contatti anche con i propri familiari.

Si è verificato, inoltre, un effetto di generalizzato timore del regime di cui all'art. 41 bis, caratterizzato dalla soppressione o limitazione di momenti di socializzazione individuale e collettiva, che ha favorito scelte di collaborazione con la giustizia o di semplice distacco dalle organizzazioni criminali.

Fabio Gianfilippi

Tenuto conto dell'oggetto del dialogo che stiamo intraprendendo, vorrei premettere che il regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord. penit. è istituito con finalità di prevenzione che consiste nel limitare le ordinarie regole del trattamento penitenziario nei confronti di soggetti ritenuti particolarmente pericolosi, in ragione del loro inserimento con ruoli verticistici in associazioni di criminalità organizzata, con l'esclusivo, fondamentale, scopo di impedire

che gli stessi continuino dal carcere a restare in contatto con i sodali in libertà. La sottoposizione al regime differenziato è personalizzata, nel senso che il Ministro della Giustizia emette il decreto ministeriale nei confronti del singolo detenuto (si parla tanto di imputati che di condannati), alla luce di una motivazione specifica in cui si dà conto del pericolo della permanenza di attuali collegamenti del soggetto con il suo gruppo di appartenenza dedotto da una approfondita istruttoria.

Si tratta di uno strumento di contrasto alla criminalità organizzata che, nonostante di certo incida pesantemente sulla quotidianità penitenziaria di chi vi è sottoposto, continua ad essere strategico ed in effetti contribuisce significativamente ad isolare il detenuto dal contesto criminale di appartenenza.

Tale misura non risulta in alcun modo incisa dalla recente decisione della Corte Costituzionale, né dalla pronuncia della Cedu nel caso Viola c. Italia. Dalla sua introduzione, né la Consulta né la CEDU si sono mai pronunciate nel senso di una illegittimità in sé dell'istituto descritto nell'art. 41-*bis*, valorizzandone il fondamentale ruolo nella neutralizzazione della massima pericolosità di chi vi è sottoposto, nonostante il regime comporti pesanti limitazioni ai diritti del detenuto. Sono stati invece oggetto di censura solo singoli aspetti del 41-*bis* che, in conseguenza di tali interventi, hanno poi subito rimodulazioni costituzionalmente e convenzionalmente compatibili.

Nicola Gratteri

Nella lotta alla criminalità organizzata il regime di detenzione previsto dall'art 41 bis ord. pen., stante la drastica riduzione delle opportunità di contatto del detenuto con il mondo libero, ha consentito e consente di interrompere – o quanto rende molto più difficoltoso – il collegamento tra il detenuto e l'associazione di stampo mafioso di appartenenza. Tale "impedimento", tenuto conto che al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. pen. sono sottoposti i "vertici", i "capi" delle organizzazioni criminali di stampo mafioso, ha avuto ed ha una incidenza notevolissima. Peraltro, non si deve dimenticare che si tratta di

istituto introdotto nel nostro ordinamento sia quale strumento per contrastare la criminalità organizzata, con i modi indicati, sia quale strumento di tipo investigativo intervenendo su quello che è uno degli aspetti essenziali per la sussistenza della organizzazioni, ovvero quello della comunicazione tra i capi detenuti e gli appartenenti alle associazioni.

Lello Magi

I contenuti inibitori del regime carcerario differenziato hanno avuto una innegabile importanza strategica nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata.

Se si guarda, come è necessario fare, al regime differenziato come una particolare 'specie' di misura di prevenzione - nel cui ambito i contenuti afflittivi sono strettamente funzionali alla necessità di evitare il mantenimento di contatti comunicativi tra il soggetto recluso ed il contesto criminale di provenienza - risultano, altresì, ampiamente sostenibili, sul piano costituzionale, le inevitabili componenti afflittive della misura in questione. Peraltro si tratta di una misura disposta dall'autorità amministrativa ma sottoposta a verifica giurisdizionale in sede di reclamo.

Stefano Tocci

Gli strumenti eccezionali inseriti nell'ordinamento penitenziario al fine di contrastare il potere della criminalità organizzata di tipo mafioso hanno sortito buoni effetti in quanto tesi a recidere i filamenti che costituiscono il tessuto del sodalizio. L'associazione per delinquere di tipo mafioso ha infatti peculiarità che costringono lo Stato ad adoperare specifici strumenti normativi che vanno calibrati sulle relative specificità. Lo stesso Legislatore, introducendo nel nostro ordinamento l'art. 416 *bis* c.p. solo nel 1982, ha di fatto riconosciuto che il reato di associazione per delinquere comune, contemplato dall'art. 416 c.p., nonostante la sua formulazione abbastanza "larga", era assolutamente insufficiente a contenere lo specifico del reato associativo mafioso, ed il successivo sviluppo giurisprudenziale, pervenuto alla

configurazione del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, con tutte le sue particolarità ermeneutiche, è l'ulteriore dimostrazione dell'estrema difficoltà di contenere in una definizione normativa ben delimitata il variegato manifestarsi del fenomeno mafioso, decisamente riluttante a lasciarsi circoscrivere facilmente.

L'associazione per delinquere di tipo mafioso, declinabile nelle esperienze fenomeniche della mafia, 'ndrangheta e camorra a seconda della localizzazione originaria, è qualcosa di assolutamente diverso da una semplice banda di criminali che si accordano per realizzare un programma generico di delitti: si tratta di un fenomeno che ha un *plafond* storico che, generatosi inizialmente in contesti territoriali limitati, è pervenuto all'instaurazione di un vero e proprio sistema sociale alternativo, dominato da una propria subcultura e regolato da principi condivisi che, dotandosi di proprie strutture non semplicemente organizzative ma istituzionali, si contrappone alla società civile ed all'ordine costituito di cui sfrutta le debolezze per aumentare il proprio potere, con una *vis* espansiva a dir poco preoccupante.

In parole povere la peculiarità della mafia (genericamente intesa) è quella di essere il contraltare allo Stato. Non semplicemente un'accozzaglia di delinquenti intenti solo a lucrare denaro, ma un sistema istituzionale, dotato di proprie articolazioni, che si pone subdolamente in contrapposizione allo Stato, a cui contende il potere nell'amministrazione della società civile, attraverso l'illegalità e la violenza, sia sotto il profilo economico che strutturale.

Il regime speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. pen. e le previsioni ostatiche di cui all'art. 4 *bis* ord. pen. creano sicuramente grossi problemi ai sodalizi allorché lo Stato, con efficaci operazioni di polizia, riesce a colpire i vertici istituzionali che controllano determinati territori o traffici, e non a caso le vicende emerse nel difficile processo "Trattativa Stato - mafia" hanno puntualizzato l'interesse delle mafie allo smantellamento di tali istituti, con particolare riferimento al regime speciale.

2) La sentenza della Corte costituzionale sul c.d. ergastolo ostativo può essere interpretata come un cedimento dello Stato rispetto all'esigenza di forte contrasto ai fenomeni criminali che i magistrati simbolo del contrasto alle mafie hanno per decenni perseguito dentro e fuori la gli ambienti giudiziari?

Paolo Canevelli

Il superamento di preclusioni assolute che prevedono divieti che confliggono con il principio costituzionale della tendenziale funzione rieducativa della pena, sancito dall'art. 27, comma 3, Cost., non può essere considerato come manifestazione di cedimento dello Stato rispetto alla lotta alla mafia, ma rappresenta, al contrario, una importante affermazione dello Stato di diritto che assegna ai propri giudici il compito non solo di irrogare la giusta sanzione nella fase del processo, ma anche di governare la fase di esecuzione della pena, anche quella perpetua, in attuazione dei principi fondamentali costituzionali e sovranazionali.

Fabio Gianfilippi

Non mi sembra che una simile lettura, pur offerta a livello giornalistico da qualche commentatore, risponda a quel che della sentenza sappiamo, per ora attraverso il comunicato stampa. Né gli atti di promovimento possono suggerire in alcun modo un tale rischio. D'altra parte il contrasto alle mafie è oggi urgente come al tempo delle stragi, e richiede piuttosto un continuo aggiornamento degli strumenti di contrasto. Nulla di quelli esistenti è comunque intaccato dalla decisione della Corte che, ad esempio, non riguarda affatto il trattamento specialmente premiale per chi collabora con la giustizia. Qui unicamente si prevede la rimozione di un automatismo negativo per chi non collabora con la giustizia, sostituendo alla preclusione assoluta alla concessione del permesso premio, una presunzione relativa circa l'esigenza della collaborazione quale prova della rescissione del vincolo associativo, vincibile comunque solo ove emerga prova dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata. Ciò consente una valutazione caso per caso, informata e prudente, da parte della magistratura di sorveglianza, circa la sussistenza di

segnali concreti di cambiamento in ciascun condannato, magari a distanza di decenni dall'inizio della detenzione. È un'opportunità in più di prendere in considerazione percorsi personali ricchi, che l'esperienza penitenziaria ci ha mostrato esistere, di persone che, ad esempio, pur non avendo mai fornito contributi collaborativi, ora ripudino apertamente la mafia e dedichino il proprio impegno a contrastarla, pur ristretti nelle mura della prigione. Sono convinto in tal senso che, per quanto raro sia vedere raggiunto questo obiettivo, è uno strumento di lotta assai efficace contro la mafia anche l'esempio di un condannato per delitti commessi per favorirla che intraprenda una vita completamente emancipata da quella mortifera e mortificante che conduceva aderendo alle regole del sodalizio criminale.

Ho letto spesso, in questi giorni, che la valutazione che oggi si chiede al magistrato di sorveglianza finirebbe per valorizzare unicamente una buona condotta intramuraria: un parametro facilissimo per i condannati per mafia, normalmente assai rispettosi ad un livello formale delle regole carcerarie. Così dicendo, però, si sottovaluta di molto l'osservazione che si svolge negli istituti penitenziari su richiesta del magistrato di sorveglianza. Nei lunghi anni di pena deve essere oggetto di verifica infatti la disponibilità al dialogo da parte del condannato sulla scaturigine dei reati e l'elaborazione di una seria revisione critica in ordine alle conseguenze sofferte dalle vittime e alla negatività dello stile di vita un tempo abbracciato; e si può osservare se il condannato ancora mostri atteggiamenti prevaricatori o comunque di ricerca di supremazia rispetto ai compagni, e se sia disponibile al lavoro intramurario, spesso umile e certo lontano da alcuni modi di vivere lussuosi e vacui caratteristici di certe subculture. Insomma un compendio di dati assai ricco, che deve confluire nel fascicolo del magistrato di sorveglianza.

Nicola Gratteri

Potrebbe agli occhi di chi non è un tecnico. Per questo è necessario intervenire quanto prima per "coprire" l'aspetto di incostituzionalità evidenziato dalla Corte Costituzionale.

Lello Magi

A mio parere no. Premetto che siamo di fronte ad una decisione di cui ancora non conosciamo le argomentazioni. Per ciò che si comprende dal comunicato-stampa la Corte Costituzionale - essendo rimasta nel solco delle ordinanze di rimessione - ha esclusivamente eliminato la condizione cd. ostativa correlata al titolo di reato (di cui all'art. 4 *bis* ord.pen.) alla concessione di permessi premio, scorporando tale particolare misura alternativa dalla disciplina sinora vigente. In altre parole, mentre per le altre misure alternative (così come per la liberazione condizionale) resta ancora in vigore il regime della ostatività - per cui in presenza di particolari reati (tra cui quelli di mafia) le medesime sono applicabili solo in caso di collaborazione con la giustizia (o di impossibilità di fornirla), per il permesso premio (misura correlata a valutazioni di sopravvenuta attenuazione della pericolosità sociale, in virtù dei progressi mostrati durante l'esecuzione) non vi è più tale limitazione ed il giudice è libero di operare valutazioni in concreto. È evidente che questa affermazione 'apre la strada' (ma lo si capirà solo dopo aver letto la sentenza) a possibili ulteriori attenuazioni del regime cd. ostativo introdotto in Italia tra il 1991 e il 1992 (dopo l'avvenuta abolizione di tutte le ipotesi di pericolosità presunta per effetto della legge di riforma Gozzini del 1986), ma seppure ciò accadesse non mi pare che ciò indebolisca l'azione di contrasto dello Stato. Lo Stato, in campo penale, ha un duplice compito, imposto dalla Costituzione: contrastare il crimine e recuperare, nei limiti del possibile, il soggetto che si è macchiato di reati anche gravi. Non possiamo, a mio avviso, concentrare le nostre riflessioni e la nostra legislazione solo sul primo dei due compiti.

Stefano Tocci

La Corte Costituzionale si è espressa sul cd. ergastolo ostativo sul campo delle interpretazioni giuridiche e delle decisioni giurisdizionali, per cui non può parlarsi di "cedimento" dello Stato se la Corte delle leggi ha ritenuto che l'attuale configurazione normativa dell'istituto non è coerente al dettato costituzionale: non si è trattato di un atto politico ma di una operazione ermeneutica. Il problema vero è però che lo Stato deve correre ai ripari. Una

delle più grandi debolezze in cui si insinua il potere mafioso è il caos normativo che caratterizza la legislazione italiana, anche nel settore penale, provocando nella società civile la netta percezione che regni l'incertezza del diritto. Più specificamente poi è da tempo che il tecnicismo giuridico del Legislatore è assai carente, e leggi scritte male, in modo confuso e contraddittorio, sicuramente non aiutano nemmeno sotto il profilo del contrasto alla criminalità. La stessa Carta costituzionale, mirabile sintesi di istanze liberali socialiste e cristiane, sembra ormai una coperta troppo corta, tirata ora da una parte ora dall'altra a seconda delle criticità del momento. Lo Stato deve farsi carico di una riforma globale e coerente della giustizia penale che sia il più possibile adeguata alla società italiana di oggi, senza indulgere in soluzioni sommarie di bassa lega, né lasciandosi abbagliare da grandi idealità assolutamente avulse dalle problematiche concrete della vita di tutti i giorni.

3) La "personalizzazione" dell'art. 4 bis produrrà effetti negativi con riferimento alla lotta alle mafie? Potrebbe disincentivare la collaborazione? Potrebbe incentivare la risoluzione del legame associativo?

Paolo Canevelli

La individualizzazione del trattamento penitenziario, in linea con il principio costituzionale secondo cui la responsabilità penale è personale, è uno dei cardini dell'ordinamento penitenziario che contiene una serie di norme ed istituti attraverso cui lo Stato persegue l'obiettivo, non sempre raggiungibile, del reinserimento sociale di ciascun condannato, in rapporto alle sue specifiche condizioni. La sentenza della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis, comma 1, ord. pen., per quel che può desumersi dal comunicato stampa del 23 ottobre scorso, si è limitata ad affermare che i permessi premio ai detenuti condannati per reati di mafia, sono concedibili, anche in assenza di collaborazione con la giustizia, solo a condizione che siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale, sia, più in generale, il pericolo di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Nessun arretramento nella azione di contrasto è ipotizzabile. Il superamento della

preclusione assoluta, che comporta, comunque, l'espiazione di almeno dieci anni di pena per essere ammessi al permesso premio, non sembra in grado di disincentivare scelte collaborative che vengono premiate con una disciplina di maggior favore che consente l'uscita dal carcere già nella fase cautelare e, più ancora, nella fase esecutiva con previsione di benefici penitenziari svincolati da rigide quote di preventiva espiazione.

Fabio Gianfilippi

In tema di conseguenze della "caduta" della preclusione assoluta alla concessione del permesso premio per i condannati per delitti di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., nei giorni che hanno seguito il comunicato stampa della Corte si sono lette ricostruzioni preoccupate circa la possibile fuoriuscita dal carcere di capi mafia pericolosissimi. La Corte, in realtà, rimuovendo l'automatismo, consente una valutazione personalizzata al magistrato di sorveglianza, e ciò significa, come si è detto, un esame rigoroso tanto delle evoluzioni personologiche del condannato nel tempo, quanto dell'attualità dei suoi collegamenti con la criminalità organizzata. È dunque evidente che, ad esempio, a fronte di un soggetto ancora sottoposto al regime differenziato di 41-*bis*, lo spazio per una valutazione positiva di superamento della pericolosità sociale finisce per essere precluso.

Bisogna anche precisare però che, a differenza dell'impressione giornalistica che poteva trarsene, in realtà gli ergastolani ostativi non sono affatto tutti al 41-*bis*, anzi. La gran parte di loro sono detenuti in sezioni alta sicurezza e non pochi in sezioni di media sicurezza, all'esito di valutazioni dell'amministrazione, su parere delle Procure distrettuali antimafia, circa una loro minor pericolosità, l'affievolirsi o addirittura il venir meno dei collegamenti (ad esempio per la dissoluzione del clan di appartenenza, magari a distanza di venti o trenta anni dai fatti di reato). È su questi casi che, verosimilmente, si concentrerà la valutazione nel merito del magistrato di sorveglianza.

Intatta resta poi la disciplina premiale pensata per i collaboratori con la

giustizia. Chi non ha assunto un contegno collaborativo dovrà invece, per poter richiedere al magistrato di sorveglianza un permesso premio (allo stato la Corte Costituzionale si è occupata solo di questo istituto e non delle misure alternative alla detenzione), aver già espiato una quota di pena pari alla metà e, nel caso del condannato alla pena dell'ergastolo, almeno dieci anni, o quindici in caso di applicazione della recidiva reiterata. Superato il vaglio di ammissibilità, però, si apre una valutazione di meritevolezza, con i parametri di cui ho già provato a dire, e basata su una istruttoria particolarmente ampia, come richiesta in questi casi dal chiaro disposto dell'art. 4-bis comma 2 ord. penit.

Nicola Gratteri

Rispondo come sopra. Potrebbe. Il legislatore deve intervenire quanto prima altrimenti rischiamo di gettare via anni ed anni di legislazione antimafia e di lotta alla criminalità organizzata.

Lello Magi

Non credo che l'attenuazione del sistema delle presunzioni legali di pericolosità - in generale - possa avere simili effetti. Ho ben presente, essendomi occupato per molti anni di processi di criminalità organizzata nella provincia di Caserta, il forte effetto di intimidazione sui membri delle associazioni correlato ad una condanna alla pena dell'ergastolo per fatti di mafia. L'ergastolo, specie se associato al carcere duro, tende a marginalizzare la caratura criminale di chi lo riceve e tende a determinare la necessità di 'nuovi equilibri criminali' sul territorio. Io credo che, in larga misura, sarà ancora così, nel senso che abolire o ridimensionare una presunzione legale di pericolosità non significa 'abolire' la pericolosità. Saranno i Tribunali di Sorveglianza a compiere le valutazioni in concreto. La collaborazione - mi permetto di dire se sincera, piena e non strumentale-, resterà il principale indicatore dell'effettiva rescissione dei legami del soggetto con l'ambiente di provenienza e, pertanto, non mi pare possa essere disincentivata. Le forme di semplice dissociazione verbale, se non accompagnate da altri indicatori

positivi, non credo daranno luogo a valutazioni di ridotta pericolosità. Bisogna intendersi su tale concetto. La pericolosità è un giudizio su una 'condizione soggettiva', rivolto al futuro, ma che si alimenta - per forza di cose - da ciò che quella persona ha realizzato nel suo passato. I giudici di sorveglianza hanno gli strumenti culturali per realizzare simile giudizio. Piuttosto, l'abolizione (totale o parziale che sia) del sistema delle presunzioni legali chiama tutti gli operatori ad un maggiore impegno. Valutazioni individualizzate richiedono più intenso lavoro di tipo investigativo (su ciò che accade fuori e dentro il carcere) e di tipo trattamentale (indagine psicologica, verifiche sui comportamenti tenuti durante l'esecuzione) al fine di offrire al giudice una solida piattaforma cognitiva.

Stefano Tocci

Sicuramente avrà effetti negativi, sia perché, con abile manipolazione dell'informazione, sarà letta come una vittoria della mafia, per cui sotto un profilo simbolico nella dimensione subculturale dell'ordito mafioso sarà vista come un successo nella contrapposizione allo Stato, sia perché indubbiamente riduce l'effetto deterrente della sanzione penale ed apre alla possibilità di accedere a benefici penitenziari, per oggi - ma solo per oggi - i permessi premio, pur conservando *l'affectio societatis* subdolamente occultata nel proprio animo.

4) Il Prof. Fiandaca, nell'intervista rilasciata a Giustizia Insieme alla vigilia dell'attesa pronunzia della Corte costituzionale sul tema del c.d. ergastolo ostativo, ha invitato a riflettere sulla necessità di rivisitare, sulla spinta delle scienze sociali contemporanee, l'approccio al topos dell'associato a Cosa nostra desunta dall'esperienza del passato, non potendosi dare per scontato che chi è stato mafioso una volta lo sarà per sempre. Qual è la tua idea in proposito?

Paolo Canevelli

Il panorama delle associazioni criminali operanti nel nostro Paese è piuttosto variegato. Non esiste solo Cosa Nostra. Di conseguenza, anche il vincolo che

lega un semplice associato alla organizzazione di riferimento può assumere diverse forme. Non tutte le associazioni hanno la forza e la capacità operativa di mantenere intatta la propria egemonia sui propri associati una volta varcata la soglia del carcere, anche attraverso contributi da versare ai familiari. Ogni tipo di presunzione, che si basi sul carattere tendenzialmente permanente della adesione di un soggetto ad un gruppo criminale, non può che essere relativa, sia alla specifica organizzazione, sia al tipo di rapporto che lega il condannato alla stessa.

Importanti spunti di riflessione sul tema li ha forniti la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 48 del 2015) che, in tema di pericolosità sociale alla base delle misure cautelari personali, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 275, comma 3, secondo periodo, cod. proc. pen., nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, rispetto al concorrente esterno nel suddetto delitto, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Nei confronti del concorrente esterno, secondo la Corte, non è in nessun caso ravvisabile quel vincolo di adesione permanente al gruppo criminale che è in grado di legittimare, sul piano empirico-sociologico, il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria, quale unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente delinquenziale di appartenenza e a neutralizzarne la pericolosità.

Fabio Gianfilippi

Dal punto di vista del magistrato di sorveglianza è fondamentale porre al centro la persona, che viene sempre prima ed è sempre più del reato che ha commesso, fosse anche il più atroce. Riduttivo e a volte fuorviante risulta categorizzare, perché si rischia di non cogliere ciò che ha condotto ciascuno al reato e ciò che quindi potrà condurvelo di nuovo.

Naturalmente la magistratura di sorveglianza conosce bene, e da sempre, il fenomeno mafioso e la difficoltà estrema di uscire da quel sistema criminale se non si diventa collaboratori di giustizia. Questo dato di esperienza va però messo insieme con altri: la riscontrata strumentalità di certe condotte collaborative e la decisione di alcuni di non assumere il contegno collaborativo perché significherebbe ad esempio incolpare un congiunto, od esporrebbe a gravi rischi i propri familiari che in alcuni casi non possano sottoporsi a programmi di protezione (mogli o figli che si occupano da soli di genitori anziani e malati, tra le altre infinite variabili), oppure perché vorrebbe dire denunciare un altro, per quanto colpevole, consegnandolo a lunghi anni di carcere, con il solo scopo di ottenere un beneficio.

Nicola Gratteri

La mia esperienza mi porta a dire il contrario. Solo nel caso di chi fa una scelta effettiva e reale di collaborazione con la giustizia, solo nel caso di chi manifesta concretamente verso l'esterno, dando quindi anche un messaggio di "dissociazione" ai soggetti ancora affiliati e partecipi della organizzazione, allora è possibile affermare, *forse*, che non è più mafioso. In caso contrario, in assenza di una scelta tranciante allora vuol dire che il soggetto è stato, è e sarà sempre mafioso.

Lello Magi

Condivido simile affermazione. La giurisprudenza formatasi dopo il 1982 sul reato di associazione mafiosa ha giustamente elaborato massime di esperienza correlate alla osservazione della realtà di quegli anni e del 'buio' decennio successivo. Ne è derivata una generalizzazione di certo corretta, ma la cui validità - proprio per la derivazione della massima esperienziale da canoni sociologici e storici - non può essere immutabile e va continuamente 'testata'. Negli ultimi anni, al di là di realtà criminali che appaiono ancora solidamente ancorate a modelli rigidi e familistici (come la *'ndrangheta*), si assiste a alleanze occasionali e a frammentazioni dei gruppi tradizionali per lo più correlate a necessità di mantenimento di posizioni monopoliste nel

traffico delle sostanze stupefacenti. In campo giurisprudenziale è stata più volte abbandonata la rigida equazione *'semel/semper'* (si veda, per tutte la decisione delle Sezioni Unite *Gattuso* del 2018 in tema di misure di prevenzione) per lasciare spazio a valutazioni probatorie basate su dati concreti, capaci di aggiornare la pericolosità del soggetto. Tale approccio è - a mio avviso - corretto e deriva in larga misura da una necessità obiettiva, evidenziata dalla stessa Corte Costituzionale nella decisione numero 291 del 2013, che è quella di tener conto - nei momenti valutativi giurisdizionali - del decorso del tempo da precedenti giudizi, delle condotte tenute dal soggetto nel periodo di osservazione, dal possibile effetto di deterrenza correlato alla intervenuta sottoposizione della persona a trattamenti contenitivi e risocializzanti.

Stefano Tocci

Penso che per affrontare la complessità del fenomeno mafioso è necessario uscire dalle torri d'avorio accademiche e confrontarsi con la realtà. Per capire qual è il *topos* del mafioso oggi, nelle sue diverse declinazioni, non è necessario scomodare le scienze sociali contemporanee ma è sufficiente seguire qualche trasmissione del noto conduttore dott. Giletti. Del resto lo stesso riferimento *"al topos dell'associato a Cosa nostra"* lascia denotare l'insufficienza del *focus*; ripeto: l'associazione per delinquere di tipo mafioso non è una semplice accozzaglia di delinquenti ma un corpo sociale alternativo, dotato di un sostrato materiale costituito da persone, spesso legate da vincoli familiari, e mezzi economici e perfino militari, nonché di un elemento spirituale, ossia la consapevolezza di appartenere ad una società ("onorata") dotata di una propria mitologia, una propria storia, regole, rituali simbolici e strutture istituzionali che si insinua nella società civile con l'efficacia di una metastasi. Non va infatti trascurato ma anzi va sempre ricordato che sovente il potere mafioso riesce ad affermare la sua supremazia territoriale avvalendosi del consenso sociale espresso anche da chi non è associato ma vive nel luogo "condizionato" dal sodalizio; ed è altresì un errore ridurre il simbolismo mafioso a mero folklore, perché in esso si riconosce tanto

l'associato che il corpo sociale "assoggettato". Nella realtà il problema "accademico" espresso dallo stimatissimo giurista è drammaticamente superato dalla concreta questione: come si può capire se effettivamente chi è stato mafioso una volta non lo è ancora?

In linea teorica non è lecito dubitarsi che possa esistere il singolo individuo che, per qualsivoglia ragione personale, decida di recidere il vincolo associativo per reinserirsi nella società civile. Il problema è individuare dei criteri concreti che consentano di valutare la persistenza o meno del retaggio subculturale mafioso nel soggetto (per non dire la permanenza del vicolo associativo vero e proprio). La peculiarità del fenomeno mafioso non consente di affrontare la questione con i normali parametri con i quali si può formulare una prognosi positiva di risocializzazione per un comune delinquente. Ecco perché l'adozione del criterio della collaborazione a fini di giustizia era stato elevato a parametro normativo dal Legislatore: a fronte della collaborazione con quasi certezza si può ritenere che la scelta del soggetto di risolvere il proprio vincolo col sodalizio è radicale ed irreversibile, perché tale scelta comporta l'infrazione delle regole fondamentali che caratterizzano l'istituzione mafiosa la cui risposta è soltanto la morte.

5) Il fine rieducativo della pena, previsto dall'art.27 Cost., può secondo te essere bilanciato con altri valori di pari rango che possano rendere coerente con il quadro costituzionale il "fine pena mai"?

Paolo Canevelli

Non vi è dubbio che ogni fenomeno di criminalità organizzata, specie quando si manifesta nelle forme tradizionalmente più radicate nel nostro Paese, costituisca un attentato alla vita ed alla sicurezza delle persone, nonché alla libera iniziativa economica ed all'esercizio stesso della sovranità popolare attraverso il metodo democratico. Si tratta di beni fondamentali, come tali coperti da garanzia costituzionale che, tuttavia, non possono trovare tutela, nei casi di lesioni particolarmente gravi, attraverso la previsione di una pena senza fine come l'ergastolo, senza possibilità di verifica in fase esecutiva,

dovendo, invece, trovare adeguato bilanciamento con il principio del tendenziale fine rieducativo della sanzione penale. È proprio la considerazione dei molteplici valori costituzionali in gioco che suggerisce il superamento delle preclusioni assolute.

Fabio Gianfilippi

La Corte Costituzionale ha intrapreso molti anni fa, con la sentenza 204/74, un percorso volto a circoscrivere la legittimità dell'ergastolo alla sua possibilità di trasformarsi in liberazione condizionale, grazie ad una valutazione rilasciata all'autorità giudiziaria ed a fronte di rilevanti evoluzioni personologiche del condannato, tali da far ritenere raggiunti gli obiettivi di reinserimento sociale previsti dall'art. 27 Cost.

La pronuncia di questi giorni, di cui attendiamo le motivazioni, procede in questo solco, anche se soltanto la sentenza Viola della Corte europea si è al momento espressa sulla ostatività in relazione alla liberazione condizionale. Quest'ultima pronuncia non disconosce la legittimità dell'ergastolo, come massima drammatica sanzione a fronte di efferati delitti, purché resti però uno spazio per una rivalutazione della persona da parte della magistratura di sorveglianza, all'esito anche di lunghi anni di carcere. Se nel merito il condannato non dimostra di aver compiuto una significativa evoluzione lontana dalla cultura criminale che abbracciava, la pena conserva il suo significato e deve proseguire.

Nicola Gratteri

L'ergastolo in quanto tale *non è contrario al senso di umanità* e, del resto, durante la detenzione anche nell'ipotesi più rigorosa, è ben possibile – come accaduto soprattutto per detenuti per associazioni camorristiche – fare scelte di dissociazione e collaborazione con la giustizia.

Io credo che sul punto sia stata fatta molta confusione, più o meno volontariamente. In caso di ergastolo "ostativo" la prima conseguenza è la

preclusione al beneficio della liberazione condizionale che il giudice può accordare (dopo 26 anni) se positivamente valutato il percorso riabilitativo del detenuto. Secondo il nostro ordinamento, dunque, in caso di condanna all'ergastolo, il "fine pena mai" può diventare un fine pena "forse" e questo perché, per una precisa scelta del nostro legislatore, l'ergastolo ordinario può trasformarsi, in caso di buona condotta detentiva e in caso di partecipazione ai percorsi di reinserimento sociale, in una forte attenuazione di quel "mai".

Questa possibilità fino ad oggi, nell'ipotesi di ergastolo per taluni delitti collegati alla criminalità organizzata o al terrorismo, a meno che l'ergastolano, oltre a comportarsi bene durante la detenzione, non decida di collaborare con la giustizia, è preclusa.

Ciò premesso, se riprendiamo quanto detto prima circa la "mafiosità" di soggetto soprattutto laddove riveste posizione di vertice, se teniamo ben in mente che i mafiosi sono quelli che meglio si comportano in carcere durante la detenzione, se non sottovalutiamo i messaggi che un capo mafia può dare e che è tale anche durante la detenzione, allora è ben possibile affermare che *il fine rieducativo della pena, previsto dall'art.27 Cost., può ben essere bilanciato con altri valori di pari rango che possono rendere coerente con il quadro costituzionale il "fine pena mai".*

Lello Magi

Non mi pare possibile ricondurre l'ergastolo 'senza speranza' al quadro dei valori costituzionali e convenzionali. La stessa Corte Costituzionale nella decisione numero 264 del lontano 1974, richiamando l'arresto numero 204 dello stesso anno, ha affermato che la legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo (in rapporto al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità) è strettamente correlata alla esistenza di una verifica giurisdizionale circa l'avvenuto, effettivo ravvedimento, che determini l'accesso, nei casi di verifica positiva, alla liberazione condizionale. La decisione utilizzava le parole che seguono «.. *Questa [la liberazione condizionale, ndr] sarà concessa non più in relazione a scelte discrezionali del potere politico, ma in base ad una decisione*

dell'autorità giudiziaria - cui l'interessato avrà il diritto di rivolgersi - che, con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, accerterà se il condannato abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento». Poche, ma chiare parole. Al di là dei recenti moniti di Strasburgo, che qualificano come irrinunciabile la concreta analisi dei mutamenti intervenuti nella personalità del soggetto durante l'esecuzione della pena, il vero nodo è rappresentato dalla stretta interdipendenza tra la legittimità costituzionale dell'ergastolo e l'accesso all'istituto della liberazione condizionale di cui all'art. 176 co.3 del codice penale (sicuro ravvedimento e limite di pena scontata come presupposti per l'ammissione dell'ergastolano). Sinora si è ritenuta giustificata la vigenza di una sorta di 'prova legale unica' del ravvedimento, rappresentata dalla avvenuta collaborazione con la giustizia o dai suoi surrogati (introdotti da decisioni della Corte Costituzionale). Ma questo assetto, pur suggerito da obiettive necessità 'storiche' tese ad incentivare le collaborazioni, non deve - a mio avviso - rappresentare un dogma intoccabile. Da giuristi abbiamo il dovere di cogliere il senso profondo dei principi fondamentali e inverarne i contenuti.

Stefano Tocci

La finalità di recupero sociale indicata dall'art.27 Cost. è imprescindibile per la società civile. In linea astratta non esiste modo migliore per combattere la devianza criminale che il reinserimento sociale di chi ha commesso un reato. Ritengo però che anche tale formidabile principio vada attualizzato. La stessa formulazione dell'art. 27 Cost appare non in linea con i tempi laddove parla di "rieducazione" del reo: riflette cioè una immagine di antropologia criminale superata, che dal secondo dopoguerra in poi è stata sconfitta dall'evoluzione della società. Il reo, alla luce delle esperienze sociali e giudiziarie degli ultimi decenni, non può più essere considerato meramente una vittima del sistema che abbisogna di una opera di "educazione" al vivere civile. L'imperversare di reati dei "colletti bianchi" ad esempio ha dimostrato che la tendenza alla devianza criminale è determinata da fattori che non possono essere affrontati *sic et simpliciter* sul piano rieducativo: cosa significa concretamente "rieducare"

un politico, un professionista, un magistrato o un esponente dell'alta finanza che avvalendosi delle proprie competenze e della propria elevata condizione sociale ed intellettuale hanno commesso gravi reati? Con molta maggiore concretezza i Magistrati di Sorveglianza, chiamati quotidianamente ad applicare tale principio, preferiscono ormai adottare il termine "risocializzazione", ossia processo di reinserimento sociale. Ferma restando quindi l'imprescindibilità del principio, ancora una volta bisogna confrontarsi con gli aspetti concreti ed applicativi della problematica. "Il fine pena mai" affermato in termini astratti ed applicato per automatismo è sicuramente inconciliabile non solo con la Costituzione ma con il senso di umanità della società civile. La circostanza che "il fine pena mai" consegua alla scelta consapevole del soggetto di non volersi reintegrare nella società civile, preferendo conservare il proprio ruolo criminale nell'antistato mafioso, non mi sembra scandalosa ma anzi necessaria per assicurare la conservazione e la tutela della società civile stessa.

6) In questi giorni si è, da un lato, esaltata la decisione della Consulta nella parte in cui ha eliminato l'automatismo impeditivo del permesso premio in assenza di dissociazione, individuandola come orientata a favorire un meccanismo di necessario bilanciamento improntato alla personalizzazione della risposta sanzionatoria, capace di soluzioni giudiziarie quanto più adeguate, attagliate, congruenti rispetto al caso per come esso si delinea innanzi al giudice. Da altri si è sottolineata la sovraesposizione del giudice di sorveglianza, mettendo in discussione la stessa possibilità che il giudice si sostituisca alla legge nel valutare le condizioni per attenuare il concetto di fine pena mai, sottolineando i rischi di soluzioni non improntate al canone di certezza, prevedibilità ed uguaglianza? Qual è la tua opinione in proposito.

Paolo Canevelli

I criteri che governano l'intervento della magistratura di sorveglianza nella fase dell'esecuzione della pena, quali la gravità dei reati commessi, la pericolosità sociale, la prognosi di una condotta di vita rispettosa dei principi che regolano la convivenza civile, il ravvedimento, inteso come

esteriorizzazione di comportamenti socialmente condivisi, sono tutti espressione di concetti ben noti al sistema penale e processuale, in quanto codificati, sia pur con diverse espressioni, nell'articolo 133 c.p.

Tutti i magistrati che svolgono il proprio ruolo nel settore penale utilizzano quotidianamente tali criteri per applicare le misure cautelari personali, per la scelta in concreto della misura più adeguata, per la determinazione della pena all'esito del giudizio di condanna, per le valutazioni relative alla sospensione condizionale della stessa, per l'imposizione di misure di sicurezza. Il giudice, quando riempie di contenuto tali concetti, non si sostituisce al legislatore, ma applica la legge, generale ed astratta, al caso concreto, procedendo, responsabilmente e motivatamente, alla personalizzazione della risposta sanzionatoria.

I medesimi criteri e le medesime valutazioni guidano l'attività della magistratura di sorveglianza che fa applicazione di concetti normativi già ampiamente sperimentati nella fase del processo di cognizione. Nessuna sovraesposizione, dunque, ma una doverosa verifica della esistenza delle condizioni per dare avvio a percorsi di risocializzazione che riguardano uno specifico detenuto. Il sistema delle misure alternative al carcere e dei benefici penitenziari in genere riconosce che la concreta esecuzione di una pena, attraverso un trattamento rieducativo, è diretta a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali che può favorire un concreto recupero sociale.

I valori della certezza, della prevedibilità e della uguaglianza delle decisioni non si rafforzano limitando la discrezionalità del magistrato con l'utilizzo di preclusioni assolute, ma accrescendo la sua professionalità anche attraverso una adeguata formazione. Il divieto di concessione, anche solo di permessi premio, al detenuto che si trovi ad espiare un ergastolo ostativo, è il frutto di un ordinamento che non si fida neppure dei suoi giudici e che cerca di condizionarne le decisioni fissando paletti invalicabili.

Fabio Gianfilippi

La decisione della Consulta restituisce alla magistratura di sorveglianza una fetta importante della sua discrezionalità, frustrata altrimenti da un automatismo preclusivo che le impediva di effettuare le sue valutazioni, necessariamente individualizzate. In particolare, intervenendo sull'istituto del permesso premio, da un lato minimo ma dall'altro strategico per vagliare i progressi del condannato, impegna tutti gli operatori penitenziari a concentrarsi al massimo nell'evitare che i lunghi anni di privazione della libertà siano poveri, se non vuoti, di contenuti: soprattutto in termini di sviluppo di una riflessione critica sugli agiti criminali. Dall'altro, rimuovendo l'ostacolo, si riconsegna al condannato la responsabilità del suo permanere in detenzione, evitando il rischio di percepirsi, quando gli anni di carcere aumentano, come soggetti che, poiché non hanno effettuato proposte collaborative, sono ormai vittime di un meccanismo senza scampo. Nella mia esperienza di magistrato di sorveglianza ho verificato molte volte come un orizzonte di speranza consenta di avvicinarsi con più fiducia alla salita e come percorsi di collaborazione con la giustizia siano nati più copiosamente, anche da parte di detenuti di speciale pericolosità, perché era presente un dialogo costruttivo con operatori penitenziari intelligenti e preparati, più che per il rigore delle limitazioni trattamentali imposte. In tal senso resto convinto che il contatto con la libertà attraverso un pur contenuto permesso premio possa essere in grado di sollecitare ulteriori approfondimenti della revisione critica rispetto ai trascorsi criminali e veicolare messaggi nuovi, di distanza dalle dinamiche criminali, anche alle famiglie dei condannati, sviluppando percorsi virtuosi di presa di distanza dalle mafie, che sono il miglior modo per togliere loro terreni altrimenti fertili.

Nicola Gratteri

Il regime di cui all'art 41 bis OP non è una pena accessoria, non è una pena alternativa è una modalità di esecuzione collegata non alla colpevolezza del detenuto ma alla sua pericolosità, fino ad oggi oggettivizzata.

Io spero che il legislatore intervenga, in tempi rapidi, evitando, da un lato, la inevitabile sovra-esposizione dei giudici di sorveglianza, dall'altro una

strumentalizzazione da parte di chi ha commesso reati gravissimi . A mio parere è importante auspicare soluzione improntata a canoni di certezza, prevedibilità e eguaglianza.

Chi oggi è all'ergastolo ostativo e al 41-bis, messo inevitabilmente da parte perché condannato a restare in cella a vita è dunque impossibilitato a esercitare il potere. Ciò che non si deve dimenticare è che un capomafia resta tale per tutta la vita. Anche se è detenuto da decenni, anche se è anziano o malato, continua a comandare e a dare ordini. La sua forza è l'omertà. Una eventuale possibilità di riprendere *contatti* gli consentirà di riappropriarsi a piene mani di quel potere e di quelle possibilità di comando sino ad oggi a lui precluse.

Lello Magi

Ribadisco, in parte, i contenuti della risposta alle domande n.2 e n.3. La sentenza di cui stiamo discutendo si inserisce in un segmento - per quanto significativo - del trattamento e non estende, almeno per adesso, i suoi effetti al nodo dell'accesso dell'ergastolano -condannato per reati ostativi- alla liberazione condizionale.

Ma di certo, è una svolta, rispetto a decisioni antecedenti sul tema. Quanto al recupero della discrezionalità 'guidata' del giudice di sorveglianza, a mio avviso è un aspetto ampiamente positivo. La giurisdizione è - in sé stessa - capacità di apprezzare i fatti e, nel caso che ci occupa, gli sviluppi della personalità di un soggetto. L'ancoraggio all'obbligo di motivazione e l'esperienza della magistratura di sorveglianza mi sembrano garanzie più che solide al fine di evitare gli inconvenienti evocati nella domanda.

Stefano Tocci

La sovraesposizione dei Magistrati di Sorveglianza come conseguenza primaria della decisione della Consulta sull'automatismo impeditivo è di palmare evidenza. Se non siamo troppo abbagliati dalle illuminazioni che

s'infiammano nell'Empireo delle pure idealità, ci rendiamo immediatamente conto che la Magistratura di Sorveglianza non ha più strumenti certi per valutare in concreto la sussistenza dei presupposti per concedere benefici penitenziari (e non solo permessi premio) a soggetti che non abbiano assunto evidenti scelte di dissociazione dal sodalizio mafioso attraverso la collaborazione. Come precedentemente detto, a mio avviso non esiste alcuna presunzione assoluta di mafiosità a carico di chi non collabora a fini di giustizia, ma la collaborazione costituisce un criterio quasi univoco che consente al Magistrato di Sorveglianza di ritenere positivamente la risoluzione del vincolo associativo, proprio perché trattasi della violazione delle fondamentali regole morali ed istituzionali dell'associazione di tipo mafioso, sanzionata con pena capitale. Di qui l'elevazione del criterio al rango normativo. La Corte Costituzionale aveva già in passato inciso sulla materia, ed il legislatore si è poi adeguato, con l'equiparazione della collaborazione inesigibile o impossibile alla collaborazione effettiva. L'abrogazione del criterio della collaborazione perché incostituzionale, e conseguentemente l'impossibilità di recuperarlo in via interpretativa (perché se è illegittimo a livello normativo non può diventare legittimo a livello ermeneutico, essendo stata neutralizzata la sua valenza valutativa), a mio avviso ha spalancato un baratro sotto i piedi non solo dei Magistrati di Sorveglianza ma di tutti gli operatori penitenziari che operano nell'area educativa (riecco l'anacronismo sopra denunciato) chiamati ad esprimersi sulla adeguatezza del beneficio richiesto al caso specifico senza avere strumenti adeguati.

7) Il principio di uniformità impone l'individuazione oggettiva dei criteri e delle regole comuni di accertamento delle situazioni in cui l'ostatività viene meno, il compito di individuazione dei criteri, dei metodi e degli oneri probatori, per effetto della decisione della Consulta e mancanza di norme di dettaglio, grava sugli interpreti e quindi in ultima analisi sui magistrati. I magistrati hanno gli strumenti necessari per compiere un'operazione ermeneutica idonea ad evitare che dall'automatismo si passi alla difformità e all'arbitrio?

Paolo Canevelli

Il superamento della preclusione assoluta, che stabiliva come unica condizione per l'accesso ai benefici penitenziari, per le persone condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4 bis, comma 1, ord. pen., la collaborazione con la giustizia, viene reso possibile con la sentenza della Corte costituzionale "quando siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata". Si tratta, quindi, del medesimo criterio imposto dal legislatore per le persone condannate che si trovino in una situazione di impossibilità di collaborare con la giustizia per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità ovvero per la limitata partecipazione ai fatti criminosi e, come tale, conosciuto, elaborato ed interpretato dalla magistratura di sorveglianza attraverso una giurisprudenza più che ventennale, arricchita dai contributi e dalle precisazioni della giurisprudenza di legittimità.

La formula normativa non individua a carico del condannato alcun onere probatorio, ma, evidenzia, al tempo stesso, che il beneficio sarà concedibile solo se il giudice, eventualmente indirizzato da elementi proposti dalla difesa, avrà acquisito elementi positivi in grado di escludere l'attualità dei collegamenti.

Nessun reale pericolo di significative difformità interpretative sussiste, salva la fisiologica opera di valutazione delle risultanze istruttorie acquisite nel corso del procedimento. E' appena il caso di ricordare, al riguardo, come nel procedimento di sorveglianza trovi applicazione l'art. 666, comma 5, c.p.p. secondo cui il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno e che se occorre assumere prove, il giudice procede in udienza nel rispetto del contraddittorio, "senza particolari formalità" (art. 185 disp. att. c.p.p.).

La specializzazione degli organi informativi indicati nell'art. 4 bis, ord. pen., tra cui le Direzioni degli Istituti penitenziari, il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, la procura distrettuale e la procura nazionale antimafia, costituisce adeguata garanzia che le decisioni della magistratura di sorveglianza saranno all'altezza del ruolo di responsabilità che la legge le

assegna. Senza arbitrii né rischi di sovraesposizione.

Fabio Gianfilippi

La Corte Costituzionale, già all'indomani dell'introduzione del *4-bis*, fu chiamata ad occuparsi di quei condannati che fossero nell'impossibilità di collaborare, per il ruolo marginale ricoperto o perché la vicenda criminale risultava interamente già accertata. La Corte decise che, rispetto a queste ipotesi, che era rimesso alla magistratura di sorveglianza verificare integrate, l'ostatività doveva cadere. I benefici risultano da allora in tali ipotesi concedibili, ove meritati (dunque a fronte di una approfondita osservazione di personalità) e ove sussistano elementi che dimostrino l'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, acquisibili mediante apposita obbligatoria istruttoria che passa per i pareri della DDA di competenza e del Comitato per l'ordine e la sicurezza.

Già da molti anni, dunque, esiste un meccanismo che prevede un giudizio di merito della magistratura di sorveglianza rispetto a soggetti autori di efferati delitti di mafia, che non abbiano collaborato con la giustizia. La collaborazione impossibile, infatti, si accerta al momento della domanda e, a distanza di anni dal delitto, ricorre quando sussistano esaustive propalazioni collaborative di altri oppure un quadro probatorio comunque ricco (intercettazioni, sequestri...). Si tratta di elementi estrinseci rispetto al condannato, eppure rimuovono l'ostatività. Massima si è sempre rivelata quindi l'importanza, in questi casi, di una valutazione individualizzata sull'evoluzione personologica del condannato nei cui confronti non sussisteva più una preclusione assoluta all'ottenimento di benefici.

A mio avviso un simile lavoro si impone oggi al magistrato di sorveglianza per le istanze provenienti da tutti i condannati non collaboratori (per i collaboratori resta in vigore, come detto, l'intera normativa specialmente premiale). La lunga esperienza di cui ho parlato potrà adeguatamente sostenerlo nelle scelte che gli è chiesto di fare, sulla base di parametri che sono già rigorosi e ben lontani, per quel che si è provato a ricordare,

dall'arbitrio.

Nicola Gratteri

Non è possibile rispondere a questa domanda in questo momento. Bisogna verificare come il nostro legislatore, quindi il Parlamento, riterrà di operare.

Lello Magi

Assolutamente sì, a mio parere. Da ormai sette anni, per competenza sezionale, esamino - quale giudice di legittimità - le decisioni dei Tribunali e dei Magistrati di Sorveglianza italiani. Posso dire, da tale angolo privilegiato di osservazione, che lo sviluppo argomentativo contenuto nelle decisioni è quasi sempre risultato adeguato alle difficoltà poste dai singoli casi. Certo, sarà necessaria l'elaborazione collettiva di criteri-guida condivisi, ma a mio parere si tratta di aspetti coessenziali all'esercizio della funzione giurisdizionale. Aggiungo che da un lato appare opportuno incentivare la formazione dei giovani magistrati (e garantire la permanenza all'interno degli uffici più esposti di alcuni magistrati più esperti), dall'altro la responsabilizzazione, come già detto, deve riguardare anche gli uffici di procura, al fine di canalizzare sulla magistratura di sorveglianza flussi informativi qualificati, non ripetitivi né generici.

Stefano Tocci

Purtroppo devo ribadire la mia opinione. Non ho idea di come si possa in concreto - prescindendo dalla collaborazione a fini di giustizia - acquisire elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Già gli strumenti messi a disposizione dei Magistrati di Sorveglianza, sempre di carattere prognostico, appaiono insufficienti al fine di valutare i percorsi trattamentali proposti per i condannati per reati comuni, e gravi risibili banalizzazioni degli istituti possono verificarsi per i "criminali dal colletto bianco" (si pensi al caso del grande imprenditore condannato in via

definitiva per gravi reati fiscali che ha espiato la pena di un anno di reclusione in regime di affidamento in prova al servizio sociale con la prescrizione di recarsi una volta alla settimana presso un ospizio dove intratteneva gli anziani ospiti raccontando barzellette). Le peculiarità del fenomeno associativo mafioso, su cui mi sono soffermato in occasione della prima domanda e che meriterebbero ben più ampio approfondimento, sfuggono alla verifica concreta degli operatori. Si pensi che per il condannato per reati comuni è fondamentale, ai fini di una progettualità di esperienza extramuraria, la sussistenza di una rete familiare esterna. Nel caso dei "mafiosi" la famiglia coincide spesso con la struttura dell'associazione. Se per un giovane soggetto deviante la regolarità del comportamento nell'ambito carcerario può essere sintomo di una tendenziale risocializzazione, davvero altrettanto può dirsi per il "mafioso"?

Piuttosto che difformità interpretative o addirittura arbitrarie temo, conoscendo l'esiguità dei mezzi a disposizione degli operatori, che all'automatismo ostatico segua un automatismo permissivo: basterà al condannato per mafia tenere un regolare comportamento carcerario e disporre di una rete familiare non particolarmente compromessa per superare l'ostacolo valutativo dell'attuale sussistenza o meno di elementi di partecipazione all'associazione mafiosa. Dicevano infatti gli antichi: *negativa non sunt probanda*; non è pensabile di porre a carico del condannato l'onere di dimostrare l'attuale inesistenza di qualcosa, ossia di non essere più associato, consistendo in via generale l'onere probatorio nella dimostrazione positiva di qualcosa che c'è; ciò tanto più se l'unica circostanza dimostrativa in positivo della risoluzione del vincolo, ossia la collaborazione a fini di giustizia, è ormai di valore interpretativo neutro. Né le note di polizia posso essere di aiuto a riguardo: se risulta alla polizia giudiziaria l'attuale partecipazione del soggetto al sodalizio farà una comunicazione di notizia di reato, diversamente potrà limitarsi a ripercorre il *curriculum* criminale del soggetto esprimendo apodittiche preoccupazioni di permanenza del vincolo associativo, di cui il Magistrato di Sorveglianza non saprà che farsene, se non preoccuparsi a sua volta, lasciato praticamente solo nella difficile decisione.

Se posso, in conclusione, permettermi una critica alla pronuncia costituzionale, essa consiste nel solo aspetto di non aver tenuto in debito conto, a mio avviso, delle più volte richiamate peculiarità dell'associazione per delinquere di tipo mafioso, giungendo quindi a trattare in modo uguale due fenomeni criminali (l'associazione per delinquere "comune" e l'associazione per delinquere *ex art. 416 bis c.p.*) assolutamente differenti nella loro configurazione, non solo giuridica ma fenomenica.

4. Le conclusioni.

Ricco, articolato, complesso e stimolante il confronto fra i magistrati sulle domande proposte quanto lo è l'argomento.

L'idea che l'ergastolo irriducibile (*whole life order*) fosse radicalmente contrario ai diritti fondamentali della persona, del resto, non era ritenuta ipotesi praticabile né nella giurisprudenza della Corte edu né in quella della Corte costituzionale. Ma la giurisprudenza delle due Corti è andata progressivamente cambiando, seguendo prospettive in parte proprie di ciascun sistema (CEDU e Costituzione) in parte sovrapponibili. Da *Vinter a Ocalan n.2* la Corte edu è giunta alla sentenza *Viola c. Italia*, ove il contrasto manifesto fra ergastolo irriducibile e liberazione condizionale (impraticabile nel nostro Paese) è emerso in modo palese. I passaggi articolati della giurisprudenza costituzionale sono noti e in progress, visto che non è stata ancora valutata la disciplina interna che impedisce la liberazione condizionale, come pure ci ricordano gli intervistati.

Il ruolo della magistratura di sorveglianza esce fortemente arricchito e gravato di responsabilità. Responsabilità che non sono diverse da quelle degli altri giudicanti, civili e penali.

Questa è forse una delle lezioni più rilevanti che sembra risultare dalla vicenda ergastolo ostativo. La prospettiva che vede un giudice pronò a studiare e applicare le legge senza continuamente interrogarsi sul ruolo della legge stessa, sulle conseguenze sulla persona destinataria del comando e

sulla compatibilità della regola con un ceppo di diritti fondamentali capace di resistere al legislatore che mostra di non rispettarli è la prospettiva, complessa ma doverosa, che qualunque magistrato si troverà a dovere affrontare nel suo agire quotidiano, con le complessità che ciò comporta quando si accorgerà che quei diritti fondamentali hanno forme non sempre coincidenti se si guarda alla fonte, nazionale e sovranazionale ed alle giurisdizioni che li concretizzano. Così facendo ogni magistrato si accorgerà, probabilmente, di essere parte rilevante di quel meccanismo nel quale non avrà solo il ruolo di applicatore di regole che provengono dalle giurisdizioni superiori, essendo egli stesso artefice primo del *diritto vivente* rispetto al caso che si pone al suo vaglio.

Anche rispetto al tema ergastolo ostativo, come pure hanno notato alcuni degli intervistati, risorge l'ormai latente e complicato rapporto fra legislatore e giurisdizione. Viene infatti reclamata la necessità di un intervento "riparatore" del legislatore ordinario che, nel solco creato dalla pronuncia della Corte costituzionale, possa evitare la sovraesposizione del *giudiziario*, salvaguardare la sicurezza della collettività ed eliminare misure premiali che al mafioso *doc* non possono essere in alcun modo mai concesse. Sottotraccia traspare l'idea che la stessa Costituzione ed alcune sue disposizioni cardine non possano valere per alcuni "tipi mafiosi" o debbano essere riviste o adeguate all'attuale contesto storico. Agevole immaginare che anche in questo contesto torneranno in auge le mai sopite disquisizioni in ordine alla opportunità o meno di un intervento legislativo, e alle caratteristiche che esso dovrebbe avere.

Uno degli interrogativi che pare emerge dalle risposte qui esposte è quello di capire se il condannato ha il diritto di conoscere in anticipo le condizioni che potrebbero aprirgli le porte del carcere.

Quando si riflette su quali siano le condizioni che il magistrato di sorveglianza dovrà valutare per la concessione del permesso premio al condannato all'ergastolo ostativo non si riflette solo sulla prospettiva del giudicante, ma anche di quella del "giudicato", il quale avrà diritto a conoscere in anticipo

quali sono tali presupposti.

In tale prospettiva sarà importante il ruolo delle prime pronunce dei giudici della sorveglianza ma, probabilmente, ancora più decisivo quello del giudice di legittimità in funzione nomofilattica, pur risultando evidente che la fissazione di criteri generali non potrà mai eliminare la specificità della vicenda e le caratteristiche con le quali essa si sarà manifestata. Ma emerge comunque forte la necessità di una fase di assestamento e di formazione di precedenti, di merito e di legittimità.

Un'altra riflessione, a questa connessa, è quella che guarda al rapporto fra giurisdizione e dottrina. Alcuni degli intervistati hanno cercato di mettere in risalto la diversità di approccio al problema fra l'accademia e la giurisdizione, quasi che solo la seconda sia in grado di offrire le migliori risposte possibili in relazione alla conoscenza del fenomeno non teorica ma arricchita e al contempo condizionata dall'esperienza acquisita rispetto al fenomeno criminale mafioso. Se quest'affermazione ha sicuramente un fondo di verità non va persa di vista la necessità, vitale, che la giurisprudenza eserciti la sua funzione confrontandosi continuamente con la scienza giuridica di cui essa stessa costituisce la propaggine operativa. Pensare che le due anime del diritto possano accampare pretese di primato dell'una sull'altra è forse pensiero effimero, soprattutto nel tempo che viviamo, appunto affastellato di fonti e di diritti viventi difficili da governare senza la conoscenza e il confronto continuo fra dottrina e giurisprudenza.

Ed è del resto proprio questo il senso del dialogo che Giustizia Insieme intende portare avanti.

Occorre poi aggiungere che il contrasto dei fenomeni criminali che vengono comunemente definiti mafiosi si avvale di strumenti diversificati, rimane la previsione di un regime penitenziario differenziato secondo i criteri indicati dall'art. 41 bis, comma 2, ord. pen.; a riguardo ben è stato evidenziato come la Corte EDU, occupandosi del regime ex 41 bis ord. pen., abbia dimostrato di conoscere molto bene la realtà del fenomeno mafioso nel nostro paese e

condiviso l'esigenza di garantire la sicurezza anche mediante restrizioni.

L'individualizzazione del trattamento penitenziario, in linea con i principi costituzionali secondo i quali la responsabilità penale è personale e la pena ha finalità rieducativa, costituisce cardine dello Stato di diritto; per questo l'ordinamento penitenziario contiene una serie di norme ed istituti attraverso i quali lo Stato persegue l'obiettivo del reinserimento sociale dei condannati, obiettivo da perseguirsi senza ingiustificate differenziazioni.

L'affermazione secondo la quale per alcuni condannati, in forza di presunzione *juris et de jure*, non è consentito l'accesso alla premialità costituisce, in ultima analisi, una manifestazione della rinuncia dello Stato al recupero di taluni dei suoi cittadini, e ciò in quanto nega alla radice la capacità dello Stato di reinserire il condannato, che ha lungamente segregato con finalità non solo retributive ma anche rieducative, anche solo nei limiti del permesso premio.

A fronte di questo punto di vista vi è l'altro, quello che tratteggia il venir meno dell'automatismo, come una vittoria delle mafie, o almeno come una comunicazione urlata in tal senso, perché il mafioso è più pericoloso degli altri.

Ma occorre fare chiarezza sul fatto che i permessi premio (allo stato la Corte Costituzionale si è occupata solo di questo istituto e non delle misure alternative alla detenzione né della liberazione condizionale) potranno essere richiesti, da chi ha già espiato una quota di pena pari alla metà e, nel caso del condannato alla pena dell'ergastolo, almeno dieci anni, o quindici in caso di applicazione della recidiva reiterata; i premi potranno essere infine concessi solo all'esito di una valutazione positiva della meritevolezza, a seguito di approfondita istruttoria secondo le previsioni di cui, comma 2, dell'art. 4 bis ord. penit. È in questo contesto che si inserisce l'accertamento dell'effettiva risoluzione del vincolo associativo che condiziona l'accesso alla premialità in forza della sentenza manipolativa dalla Corte costituzionale.

Il diverso approccio verso l'automatismo ostativo si riflette, come emerge dalle considerazioni dei nostri intervistati, non solo in termini di valutazione negativa, con riguardo alla lotta alle mafie, ma altresì con riguardo alla valutazione dell'idoneità degli strumenti a disposizione dei magistrati per l'accertamento della condizione dello scioglimento del legame. Così, da un lato, si invoca l'intervento del legislatore mentre dall'altro si evidenzia come, viceversa, i giudici di sorveglianza siano, per statuto, in possesso degli strumenti di valutazione necessari.

È stato ricordato come nel procedimento di sorveglianza trovi applicazione l'art. 666, comma 5, codice di rito, secondo cui il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno e come, se occorre, può assumere, in contraddittorio, le prove che ritenga necessarie (art. 185 disp. att. c.p.p.).

Il rischio evidenziato che all'automatismo ostativo segua un *automatismo permissivo*, rischio che innegabilmente esiste, ben può essere evitato, come si accennava, attraverso l'elaborazione di criteri interpretativi uniformi per l'individuazione degli indici rilevatori del recesso nonché attraverso l'elaborazione di protocolli di indagine.

Si tratta di una sfida aperta che vede protagonista la magistratura di sorveglianza, chiamata a svolgere un servizio oneroso e valoristicamente essenziale non tanto per la salvaguardia del principio della parità di trattamento quanto soprattutto per la salvaguardia del diritto alla dignità e alla vita in tutte le sue manifestazioni, ivi compresa la vita extramuraria -per il tempo del permesso- del condannato all'ergastolo. Una sfida che tuttavia non può e non deve essere confinata nella cittadella della sorveglianza, ma involge l'intero sistema Giustizia, i servizi complementari che la stessa utilizzerà, gli apparati informativi capaci di dimostrare che lo Stato deve impegnare, potenziare e proteggere in modo da rispettare la dignità anche dei peggiori criminali senza deflettere di un millimetro dal suo ruolo di garante dell'incolumità e sicurezza di chi vive nello Stato.

Un grazie accorato e sincero a Paolo Canevelli, Fabio Gianfilippi, Nicola Gratteri, Lello Magi e Stefano Tocci per avere fornito un contributo importante ai lettori ed alla Rivista.

